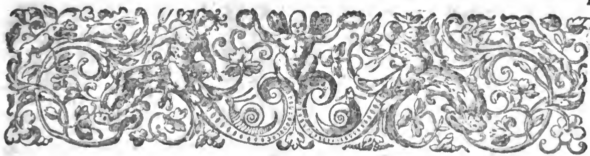
ANTONIJ FABRI I.C. SEBUSIANI, ... RATIONALIA IN TERTIAM [-QUINTAM]...

Antoine Favre, Giovanni Battista Coccini



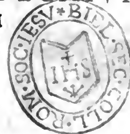

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
6 M
10



ANTONII FABRI
I·C· SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA
IN LIBRVM QVARTVM DECIMVM PANDECTARVM





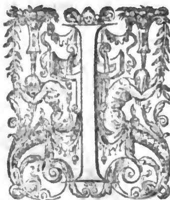
Ad TIT. I.
De exercit. action.

1. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.



TILITATEM huius edicti patere, nemo est, qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis, vel quales, cum magistris propter nauigandi necessitatem contrahamus, æquum fuit, eum, qui magistrum naui imposuit, teneri: vt tenetur: qui institorem tabernæ, vel negotio præposuit, cùm sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quàm institore. quippe res patitur, vt de conditione quis institoris dispiciat, & sic contrahat in nauis magistro non ita. nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium.

Ad l.i.



NCIPIT Vlpianus à commendatione Edicti prętorij, qua parte actionem exercitoriã proposuit contra exercitorẽ nauis ex facto & contractu magistri. Alius enim est magister nauis, cui cura totius nauis mandata est, vt scribitur in §.*prox.infr.* Alius verò exercitor, qui per magistrum exercet nauim, & ad quem reditus & obuentiones quotidianæ omnes pertinent §.*exercitorem* 15.*infr.* Sumpsit autem hęc actio nomen ab exercitore, qui magistrum præposuit, non vt institoria ab eo, qui præpositus est. Non quia Magisterianæ actionis nomen minùs elegans fuisset quàm institoriæ, vt putat Cuiacius, sed potius quia institoria actio non datur, nisi ei qui contraxit cùm institore tanquam institore, cùm priusquàm contrahat quis cum institore, tempus habeat inquirendi, an institor ille sit, & cuius personæ, itemque cuiusnam mercis institor. At exercitoriam actionem ideò comparauit Prætor quòd nauigaturi plerumque ignari sint cuius condicionis, & qualis ille sit cui se suáque vehenda credunt, & pressi necessitate nauigationis, angustiisq; temporis, & loci non possunt capere plenius deliberandi consilium, vt proinde non alterius quàm eius qui dominus, aut alias exercitor nauis est personam secuti fidemq; intuiti esse videantur: non quasi cum ipso quoque Magistro non contrahant, contra quem habent etiam actionem, si malint illum eligere §.*est autem* 17.*infr.* quæ tamen in magistrum actio nec ideò Magisteriana, nec rursus exercitoria vocatur: sed quia specialiter & proprio quodam iure fuit comparanda actio in exercitorem, qui alioquin cõueniri nulla actione potuisset, cùm non ipse contraxisset, non item contra nauis magistrum, quem ex proprio contra-



ctu teneri & conueniri posse etiam ciuili actione non ambigebatur sicut & nautas singulos si cum quolibet eorum contractum sit §.2.*infr.* In eoque vtilitas & necessitas huius actionis ab Vlpiano commendatur, vt ignorantibus magistri condicionem succurratur, nec eis imputetur, quare cum eo contraxerint, cuius condicionem ignorabant, quod cæteris imputari alias solet ex *reg. l. qui cum alio.* 19. *de regul. iur.* ex qua ad initium huius legis petenda est ratio dubitandi, sed decidendi illa est quam ex Vlpiano iam attigimus, quòd maior necessitas sit contrahendi cum magistro nauis quàm cum institore propter nauigandi necessitatem: & quia tempus patitur, vt qui cum institore contrahere vult, de conditione ipsius ante omnia dispiciat, & diligentiùs inquirat, & sic posteà cōtrahat. At in eo qui nauigaturus est interdum locus, interdum tempus non patitur plenius deliberandi consilium: quæ res fauorabiliorem actionem facere solet *l.1.§.2.infr.depositi.* quamuis non semper ex varietate locorum & temporum inducatur diuersitas rationis, vt hic Bartolus notat ex *l.vlt.C.de tempor.in integr.restit.* nec recusare exercitor potest qui præposuit magistrum quominus ex eius contractu perinde teneatur, atque is qui tabernæ vel negotio institorem. Est igitur actio hæc recentior institoria, & ad exēplū institoriæ cōparata cùm non posset institoria sufficere. Necenim magister nauis institor dici aut videri potest: sed & alia ratione commendari hæc actio potest. nempe qui aspectu proximè ad summam Reipublicæ, quomodo legendum est in §. *licet autem infr.* id est, ad Rempublicam ipsam conseruandam, ad quam maximè pertinet, vt commerciorum libertas & facilitas terra marique salua sit, sed maritimæ præsertim negotiationis, qua nihil vtilius est ad Rempublicam ex priuatorū facultatibus locupletandā: vnde est quod tam nulla in iure nostro habet priuilegia negotiatio trāsmarina, & traiectitia pecunia, de quibus in *tit. de nautic. fœnor.* Quibus adiungi etiam illud potest, quòd is qui credidit ad emendā quoque nauem, non minùs quàm qui ad reficiendā eam, vel armandam habet priuilegium inter personales & chirographarios creditores post fiscum *l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. de reb. author. iudic. poss.* alias *l. 11. & 19. de priuileg. credit.* Quod priuilegium non habet is, qui credidit ad emendā domum, sed tantùm is qui ad reficiendam *l.1.infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. creditor. 25.* vbi dixi *supr. de reb. credit. l. interdum 5. infr. qui potior in pignor. hab.* nempe quia Reipublicæ interest restitui ædificia & reædificari, & restabilicari, vt loquūtur Impp. in *l. si is contra quem 5. Cod. de ædific. priuat.* ne vrbs ruinis deformetur *l. vlt. infr. ne quid in loc. public. l. prætor ait 20. §. ho*[illegible] *est de oper. noui nunciat. l. antep. de damn. infect.* At nihil interest Reipublicæ à quo domus ematur, an à Titio, an à Sempronio. Interest verò maximè cuius nauis hæc sit, an eius qui ociosam eam habeat, & sibi reiq; publicæ inutilem, an illius potiùs, qui emere illā velit, vt eam exerceat. Multum enim plerumque refert, an à Titio, an à Sempronio nauis exerceatur, prout vel hic vel ille diligentior est, & maioris minorisve industriæ. Quamquam nec semper dominum eum esse necesse est, qui nauem exerceat, & qui ex hac edicti parte teneatur, sed sufficit vt ad eum quoque iure aut titulo reditus & obuentiones nauis perueniant, vt iam diximus ex §. *exercitorem infr.*

1 ¶ Magistrum nauis accipere debemus, cui totius nauis cura mandata est.

Ad §.1. Magistrum nauis.

Rat. dub. si magister nauis ille est, cui dominus aut alius exercitor quilibet totius nauis curam credidit, ferè est, vt exercitoris institor esse videatur, aut saltem quasi institor, atque ita nonnulli vocant ex Harmenop. *lib.2.Tit.11.* Nil ergo erat necesse induci à Prætore actionem hanc exercitoriam, cùm posset sufficere institoria, aut saltem, vt aliis plerisque casibus quasi institoria. Nec enim sine causa multiplicandæ sunt actiones *l. 1. supr. de Publician. l. in naue Saufeij 31. infr. locat.*

Dec. Is qui magister nauis est, & cui totius nauis cura fuit credita, in eo quidem similis est institori, quod naui regendæ præpositus est, sicut institor tabernæ, aut negotio, sed tamen nec institor est, nec quasi institor exercitoris, vt contra eum actio institoria vel quasi institoria potuerit sufficere: non ob id solùm, quod dignior sit exercendæ nauis negotiatio, quàm vt negotio tabernæ tractandæ æquiparari debeat (est enim nomen & officium institoris vilissimum *l.5.§. sed & muliones & seq. infr. de instit. act.* & aliis institorum visus est, quàm vt naues exerceant §. *licèt autem 20. infr.* Sed etiam quia illi qui nauigaturi cum magistro nauis contrahunt, non quasi cum institore contrahunt, nec inquirunt, an pro se, an pro alio nauem exerceat: sed nihil nisi nauem & eum, ad quem nauis pertinet, quisquis ille sit, intuentur: quæ res facit, vt neque institoriam, neque quasi institoriam actionem habere contra eum possint, sed exercitoria eis necessaria sit contra exercitorem, qui magistrum naui præposuit, totiusque nauis regendæ curam ei credidit §. *institoria Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* cōtrà verò etiam tabernam exercere quis rectè dicitur *l. habebat 13. §. vlt. infr. de instit. act.* neque tamen tabernæ *exercitorem dicimus, sed dominum.* Ideò autem dixit Vlpianus *totius nauis*, quia nec pro parte regendæ nauis curam, aut suscipere quisquam potest, aut credere, nec si plures magistri nauis facti proponantur, quia & eo casu singuli in solidum præpositi intelliguntur, nisi diuisis officiis præpositi sint §. *si plures. 13. infr.* quamuis rariùs id fit, vt plures magistri fiant vnius nauis. Malè enim regitur nauis, vt & Respublica si non ab vno regatur. Quamuis minùs malè, si quod plerumque fit ea lex præpositioni dicta sit, vt alter sine altero nihil agat vt in §. *sed etsi sic 14. infr.* Nam & cùm plures exercitores per se nauem exercent, optimum consilium est, vt vnum de suo numero magistrum faciant, ex cuius perinde atque alterius cuiuslibet magistri facto in solidum possint conueniri *leg. 4. in princip. & §. 1. infr.*

2 ¶ Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem: quamquam ex delicto cuiusuis eorum, qui nauis nauigandæ causa in naue sint, datur actio in exercitorem. alia enim est contrahendi causa, alia delinquēdi. siquidē qui magistrū præponit, cōtrahi cū eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cū eis permittit, sed culpa, & dolo carere eos, curare debet.

2 ¶*Sed*

Ad §. 2. Sed si cum quolibet.

RAT. DVB. Qui nautas adhibet ad regendam nauem, perinde iis quasi suis vtitur atque magistro nauis. Nec locus aut tempus deliberandi plenius consilium tribuit ei, qui cum aliquo ex nautis contrahere velit, quàm si cum magistro nauis contraheret. Eadem enim premit necessitas & nauigandi & contrahendi. Ergo nihil causæ est, cur non ex contractu cum aliquo ex nautis habito perinde danda sit exercitoria actio in exercitorem, atque si cum magistro nauis contractum esset. Præsertim cùm & ex dolo cuiusuis eorum qui in naue sunt, exercitor quoque conueniri possit, non tantùm si dominus eorum sit, quo casu vulgari iure noxales actiones competunt: sed etiam si homines liberi sint. Factum enim eorum præstare debet, cùm eos ipso periculo suo adhibuerit, si modò in ipsa naui damnum datum sit, nõ extra nauem *l. vltim. in princip. & §. hac autem actione supr. naut. caupon. stabul. §. Instit. de oblig. ex quasi delict. l. 1. in princip. infr. furt. aduers. naut. caupon. stabul. l. 5. §. vltim. de oblig. & action.* Quidni ergo ex eorum quoque contractibus dominus teneatur? DEC. Alia causa est contrahendi, alia delinquendi: alia item magistri nauis, alia nautarum. Siquidem is qui magistrum præponit, permittit vtique cum eo contrahi. At ille qui nautas adhibet, non permittit cum eis contrahi, sed vt culpa & dolo careant, curare debet. Non enim illos adhibet, vt cum ipsis contrahatur, sed vt eorum opera & ministerio nauigetur. Hinc verò colligo, quàm stulti sint, qui putãt delinquẽtes videri cõtrahere, aut saltẽ quasi cõtrahere cũ legibus & magistratibus, vt pœnas delictis impositas debeant nõ tantũ ex delicto, sed etiã ex cõtractu, & quasi contractu. Quid enim cõmune habet cõtractus cum delicto? Quid commune pœna quæ ob delictum per leges infligitur, cum eo quod ex conuentione vel expressa vel tacita debeatur? Nec proinde minùs ridiculi illi qui cõdictionem furtiuam, quàm ex delicto, id est, ex furto nasci, & nomen ipsum, & leges omnes clamant, audent scribere nasci ex quasi contractu. Quo nihil absurdius dici potest, nisi quod iidem addunt, dici etiam posse nasci eum ex sua nescio qua suæ causæ figura. Sed nugas istas iam alibi refutauimus, quamuis indignas, quæ in his rationalibus referantur. Adeò ab omni abhorrent rationis imagine.

3 ¶ Magistri autem imponuntur vel locandis nauibus, vel mercibus vel vectoribus conducendis, armamentísve emendis. sed etiam si mercibus emendis, vel vendendis fuerit præpositus etiam hoc nomine obligat exercitorem.

Ad §. 3. Magistri.

Ostenditur in hoc §. quænam præcipua sint officia & munera magistri nauis: hæc nimirum vt nauem locent, vel ad merces vehendas vectoribus conducant, vel denique armamenta emant, quibus nauis ad nauigandum instruatur. Vnde & instrumenta nauis appellantur non malè *l. nauis 6. infrà tit. prox. iunct. l. 3. §. 1. supr. de rei vindic.* Et his casib. nulla dubitatio est quin exercitoria competat in exercitorem. Hæc enim omnia ad causam & ad vsum pertinent nauigandæ nauis, quæ per magistrum nauis exercetur. Sed quod subiicitur, si magister nauis etiam emendis vendendísque mercibus præpositus fuerit, obligari ex eius contractibus exercitorem, difficiliùs videtur, cùm ea res remota sit ab vsu naturali & proprio nauis, magísque ad institoris munus hoc accedat, quàm ad officium magistri, vt proinde institoriæ actioni locus esse hoc casu debeat potiùs quàm exercitoriæ. Sed tamen dicendum est, cùm maximè propter merces, aut emendas aut vendendas exerceri naues necesse sit, non fuisse prohibendos magistros nauium quominùs & emerent ipsi merces pro arbitrio & venderent, nec consequenter exercitores, quominùs ei quoque negotiationi magistros præponerent, si vellent, ne alioqui ea commercij libertate & opportunitate interdicatur iis, per quos commercij & libertas & opportunitas aliis acquiritur. Tenebitur ergo etiam hoc casu dominus exercitoria, si magistrum nauis mercibus quoque vendendis emendísque præposuerit. Nam neque hoc casu institoria locum habere potest, cùm non quasi institor, sed tanquam magister nauis in eam rem præpositus sit.

4 ¶ Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest: vtrùm liber, an seruus: & vtrùm exercitoris, an alienus: sed nec cuius ætatis sit intererit [a], sibi imputaturo, qui præposuit.

Ad §. 4. Cuius autem.

RAT. DVB. Aliter tenetur exercitor ex facto hominis liberi, aliter ex facto serui: aliter item ex facto serui sui, aliter ex facto serui alieni. Nam serui sui non etiam alieni nomine tenetur noxali tantùm actione, si quid seruus admiserit, cùm ei sit ignoscendum, si seruos suos quales quales adhibuerit ad regendam nauim, si verò alienos, aut etiam liberos homines explorare priùs debuit cuius fidei essent, & innocentiæ *l. vlt. §. hac autem actione supr. naut. caupon. stabular.* Et sanè in toto ferè iure aliter serui, aliter liberi tractantur. DEC. Distinctio hæc liberorũ hominum & seruorum tùm maximè locum habet, cùm de ipsorum delictis puniendis agitur. Seueriùs enim puniuntur serui quàm liberi, & inter liberos illi qui famosi sunt, quàm qui integræ famæ *l. capitalium 28. §. vlt. infr. de pœn.* Item cùm ex eorum delicto dominus aut exercitor cõuenitur, vt in *d. l. vlt. in princip. & d. §. hac autem actione.* At non etiam cùm ex eorum contractu: alia enim causa est delinquendi, alia contrahendi, vt diximus in *§. sed si cum quolibet supr.* Eadémque ratio æquitatis & vtilitatis publicæ facit, vt in solidum teneatur exercitor ex facto magistri nauis siue homo liber ille sit, siue seruus, & si seruus, siue proprius, siue alienus: non enim iure dominij, aut quasi dominij, vel possessionis defertur hæc actio, vt illa de peculio, de in rem verso, & quod iussu, de quibus in *libr. seq.* sed quia exercitor magistrum hunc præposuit. *§. eâdem ratione Instit.* quod cum eo vt & in institoria dominus seruum institorem, vt ibi descriptum est. Nihil ergo interest, quod ad exercitoriam actionem pertinet, cuius cõdicionis sit magister nauis, an liber, an seruus: & si seruus, an exercitoris, an alienus, quia & liberum hominem & seruum perinde proprium

ac alienum naui regendæ præponere exercitor potest. Idem in institore quoque iuris est *l. sed & si quis 7. §. 1. infr. de instit. act.* Simile in *l. quamuis 40. §. vlt. & l. seq. infr. ad SC. Trebell.*

a *Nec cuius sit ætatis intererit.* RAT. DVB. Non est ferendum, vt alium obliget qui seipsum obligare non potest. Difficiliùs enim semper est, vt quis alium quàm vt seipsum obliget: atquin is qui impubes est, obligare seipsum non potest, sine tutoris authoritate *l. obligari 9. & pass. infr. de author. tutor. l. pupillus 69. de oblig. & action.* Ergo etiamsi præpositus sit naui regendæ, ab exercitore, non magis exercitorem obligare poterit exercitoria.

DEC. Imputare sibi debet qui impuberem præposuit magistrum nauis, sicut & qui institorem *l. sed & si 7. §. vltim. & leg. sequent. infr. de instit. act.* & qui procuratorem *leg. 3. §. vltim. supr. de minor.* nec tam his casibus factum pupilli obligat exercitorem quàm electio & præpositio ipsius exercitoris, cui succurreretur non pupillo, si ob id minùs exercitoria teneretur quòd pupillum præposuisset, cùm non pupilli, sed eius damno res cessura sit, planè si pupillus ipse ex contractu suo conueniatur à creditore, qui habet electionem, an cum magistro agere malit, an cum exercitore *§. est autem infr. hoc tit.* (nempe si pupillus liber sit, non etiam si seruus quandoquidem cum seruo nulla actio est *leg. cum seruo 107. de reg. iur.*) vtique prætor interueniet data pupillo in integrum restitutione, nec lubricum ætatis ipsi nocere patietur, sed non proderit ea res exercitori, qui pupillum præposuit quominùs exercitoria actione vtiliter, & cum effectu conueniatur. *leg. cùm mandatu 23. iunct. leg. 4. & 5. supr. de minor.*

5 ¶ Magistrum autem accipimus, non solum quem exercitor præposuit: sed & eum, quem magister, & hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit. ceterum si scit, & passus est, eum in naue magisterio fungi: ipse eum imposuisse videtur, quæ sententia mihi videtur probabilis. omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit: alioquin contrahentes decipientur, & facilius hoc in magistro [a], quàm institore, admittendum propter vtilitatem. quid tamen, si sic magistrum præposuit [b], ne alium ei liceret præponere: an adhuc Iuliani sententiam admittamus, videndum est. finge enim & nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro vtaris. dicendum tamen erit, eo vtique producendam vtilitatem nauigantium.

Ad §. 5. Magistrum autem.

RAT. DVB. Magistrum nauis accipere debemus eum cui totius nauis cura ab ipso exercitore mandata est *§. magistrum supr.* non etiam ab alio putà ab ipso nauis magistro, si fortè ignorante exercitore magister nauis illum præposuerit. Nam si eo sciente ac patiente, ferè est, vt præposuisse ipse videatur, quomodo Vlpianus hic ex Iuliano scribit *l. qui patitur 18. infr. mandat.* Sed si exercitor ignorauit, an non absurdum est teneri eum ex facto & contractu illius, quem non ipse, sed magister nauis elegerit? cùm enim Titio puta curam totius nauis regendæ credidisset, debuerat Titius eam curam per se suscipere, non alij mandare, quod nihil aliud quàm negligere est *leg. cũ hi 8. §. si prætor aditus supr. de transact.* Alioqui erit in potestate Titij facere, vt per Sempronium ignorans exercitor actione exercitoria obligetur, quod iniquum certè fuerit *leg. 2. infr. quod vi aut clam l. non debet alteri 74. de reg. iur.*

DEC. Omnia facta magistri præstare debet is, qui magistrum præposuit, ne alioqui contrahentes decipiantur, qui ignari condicionis eius cum quo contrahunt, non tutiùs cum alio possunt contrahere, quàm cum eo cui regendæ nauis curam commissam esse vident, nec inquirendi pleniùs habent spatium, à quo commissa ei cura fuerit, an à magistro, an ab exercitore. Sibique omnino imputare debet exercitor, cur magistrum tam negligẽtem elegerit, qui per aliũ curare maluerit, quod per seipsum facere debuerat. Exemplo eius quod in *§. præced.* scriptum est de eo qui pupillum magistrum præposuit, & de eo qui in arbitrum iniquum compromisit in *l. diem proferre 27. §. stari infr. de recept. qui arbitr. recep.* Planè quicquid ex facto Sempronij præstare exercitor tenebitur, dubitandũ non est quin à Titio sit repetiturus vel actione ex locato si mercede operam ei exhibeat, vel si gratuitam mandati *§. sed ex contrario 18. infr.* Ita fit vt neque decipiantur qui cum Sempronio contraxerunt *vt & in l. sed si pupillus 11. §. conductio in fin. infr. de instit. act.* neque ex facto Titij exercitor lædatur.

a *Et faciliùs hoc in magistro.* RAT. DVB. Si institor tabernæ, aut alij negotiationi præpositus alium institorem præposuerit, certum est ex facto secundi institoris dominum non teneri. Non enim omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit, sed ita demùm si eius rei gratia cui præpositus fuerit contractum sit *§. non autem infr. l. 1. Cod. eod. leg. cuicunque 5. §. non tamen infr. de instit. act.* Institor autem à domino præpositus fuerat, non vt alium institorem præponeret, sed vt tabernam ipse per se vel aliam negotiationem exerceret. Ergo nec exercitor teneri debet ob id quod magister nauis alium magistrum præposuerit, exercitore scilicet ignorante: solet enim bona esse argumentatio ab institoria actione ad exercitoriam, & contra *leg. sed & si quis 7. §. 1. infr. de instit. act. leg. vltim. infr. hoc tit. l. 4. 5. & 6. C. eod.*

DEC. Fauorabilior est in quibusdam exercitoria actio, quàm institoria propter publicam vtilitatem, & ob eas rationes quas attulimus ad initium huius legis, id est, maximè propter nauigandi necessitatem, quæ in eas persæpe loci & temporis angustias conijcit eos, qui cum magistro nauis contracturi sunt, vt de ipsius condicione cuius ignari sunt, inquirendi tempus & spatium non habeant, quod in institore diuersum est. Quamquam

Quam

quam in institore quoque similiter nonnumquam euenit, vt ob vtilitatem publicam & promiscui vsus ac commercij publici, aliter respondendum sit, quàm alioquin ex communibus iuris regulis responderi oporteret *l. si quis mancipiis. 17. §. si impubes de instit. act.* Semper enim publica vtilitas præferenda est priuatæ *l. ita vulneratus 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. Authent. res quæ C. commun. de legat.* Sed fatendum tamen est, actionem exercitoriam magis quàm institoriam ad publicam vtilitatem pertinere: Hicque huius loci sensus est. Vtilitatem enim Vlpianus dixit simpliciter pro publica vtilitate, quam solam ciuilis legislator intueri solet in iure constituendo propter primam illam legem 12. tabular. *Salus populi suprema lex esto.* Itaque non possum videre, cur Accursius noster dicat in institoria quoque idem admittendum esse ex *l. cuicunque 5. §. vlt. infr. de institor.* cùm Vlpianus hoc loco idipsum neget disertè, & alia ratio sit institoris præpositi à procuratore meo vel tutore vel curatore; alia verò eius qui præpositus sit à meo institore.

b *Quid tamen si sic magistrum præposuit* RAT. DVB. Lex præpositionis illa est, quæ dat certam legem contrahentibus cum magistro nauis ad effectum exercitoriæ actionis. *§. igitur 12. infr.* sicut & ad effectum institoriæ *l. sed si pupillus. 11. §. condicio. & l. 5. §. non tamen infr. de instit. act. l. 1. C. eod.* Ergo si exercitor magistrum sic præposuerit, ne alium ei præponere liceret: multò magis si nominatim ei prohibuerit, ne Titio magistro vteretur, dicendum est ex alterius magistri facto conueniri eum exercitoria non posse, ne contra legem præpositioni dictam exercitor obligetur. DEC. Non debent decipi qui cum magistro nauis quisquis ille sit, contrahunt ignari condicionis eius, de qua nec tempus inquirendi & spatium habent. Deciperentur autem facilè, si nocere iis posset lex præpositioni ab exercitore dicta, quam ipsi ignorarent. Nam & in actione institoria idem euenit, *l. sed si pupillus 11. §. de quo palàm & seqq. infr. de instit. action.* sed cum hac differentia; quod in institoria contractum esse oportet, cum eo ipso quem dominus præposuit ad hoc, vt dominus obligetur ipsa præpositione, quomodo Vlpianus loquitur in *d. §. de quo palàm in fin.* In exercitoria verò, eò vsque producenda est vtilitas contrahentium, vt etiamsi cum alio contractum sit, quàm qui ab exercitore præpositus fuit, dummodo præpositus sit ab eo quem exercitor præposuerat, obligetur tamen exercitor, quamuis prohibuisset magistrum alium præponi, si modò prohibitionem illam contrahentes ignorauerunt. Nam si sciuerunt, videri non possunt ab alio decepti, sed à seipsis *l. nam si scit 26. supr. de rei vindicat.* quod in institoria diuersum est *d. l. sed si pupillus 11. §. 1. l. si quis mancipiis 17. §. 1. de instit. act.* Ergo lex præpositionis in magistro nauis seruãda est, quantum ad ea quæ cum illo ipso contrahuntur, qui ab exercitore præpositus ipse est. Sed quantum ad hoc, vt obligatum habeant exercitorem ex facto: secundi quoque magistri, quem primus etiam contra exercitoris voluntatem expressamque prohibitionem præposuerit, seruanda non est lex præpositionis, ne decipiantur contrahentes qui se suaque ei crediderunt, cui totius nauis curam creditam esse viderũt, ignari à quo fuisset ei credita. Omnia enim Magistri facta præstare debet is qui eum præposuit, vt suprà dicebamus, salua ei per actionem ex locato aut mandati repetitione aduersus primum magistrum nauis qui contrà quàm prohibitus erat, fecerit. Vide *l. 1. §. & sunt quidam supr. naut. caupon. stabul. l. procuratoris. 5. §. item parui inf. de tribut. act.* Et sanè durius est ad id contrahentes adigi, vt dubitandum & inquirendum habeant de persona & condicione Magistri à quo siue iure siue iniuria nauem exerceri vident, quàm vt de lege præpositionis si quid specialius cum eo velint contrahere. Alioqui etiam de exercitoris persona laborandum haberent, & an exercitor ille esset, qui magistrum hunc præposuisset, an alius: quod certè à contrahentium & nauigantium vtilitate alienum esset. Itaque casus hic valde specialis est in quo factor meus, vt Castrensis loquitur, vel procurator potest aliquem substituere me inuito propter periculum quod est in mora. Sanè generales administratores & procuratores ad negotia possunt alium substituere etiam sine speciali mandato, quod in procuratoribus ad lites ante litem contestatam diuersum est, *l. cùm quis de procurat. l. si procuratorem 8. §. 1. infr. mandat.* Scientia planè ac patientia domini pro mandato est, vt Castrensis hìc notat post Accursium *ex l. 1. §. scientiam. infr. de tribut. action. leg. cùm plures 60. §. locator horrei infr. locat. iunct. l. item eorum 6. §. 1. supr. quod cuiusque vniuersit. nom.*

6 ¶ Nauem accipere debemus, siue marinam, siue fluuiatilem, siue in aliquo stagno nauiget, siue schedia sit.

Ad §. 6. Nauem accipere debemus.

RAT. DVB. Transmarinæ potissimùm negotiationis gratia videtur comparata hæc exercitoria actio, sicut & transmarina negotiatio illa est ex qua plus vtilitatis & commodi accedit reipublicæ, vt nemo nescit. Ergo eam tantùm nauem in hoc edicto accipere debemus quę marina sit, non quæ fluuiatilis, id est, fluuio traijciendo deseruiens. Nam de piscatoriis actuariis, voluptatis causa paratis & similibus, quæ etiam fluuiatilium appellatione continentur, non puto hîc agi, non magis quàm cùm de postliminio tractatur *leg. 2. infr. de capt. & postlim.* quia ad rei & vtilitatis publicæ causam nil pertinent: multò minùs videtur edictum hoc pertinere ad naues, quæ in aliquo stagno nauigant, aut ad schedias. Quo nomine significatur nauigij genus inconditum trabibus tantùm inter se nexis factum, vt bene hîc Gothofredus interpretatur. DECIS. Etiam fluuiatiles naues ad commercij causam necessariæ sunt, vt traijci flumen possit. Item illæ quæ stagno traijciendo inseruiunt, etiamsi schediæ sint: ergo etiam earum nomine potest exercitoria competere, cùm in omnibus eadem ratio publicæ vtilitatis locum habeat. Sanè differentia in eo est, quòd naues marinæ quia sunt vtiliores, habent etiam immunitatem, quam non habent fluuiatiles, nisi quæ annonam deferunt Romam *leg. semper 5. §. negotiatores & seq. & §. Diuus Hadrianus 6. infr. de iure immunitatis.* Sed alius de immunitate tractatus est; alius verò de exercitoria actione.

7 ¶ Non autem ex omni causa prætor dat in exercitorem actionem: sed eius rei nomine, cuius ibi præpositus fuerit, id est, si in eam rem præpositus sit. vt putà si ad onus vehendum locatum sit: aut aliquas res emerit vtiles nauiganti: vel si quid, reficiendæ nauis causa, contractum, vel impensum est: vel si quid nautæ, operarum nomine, petent.

Ad §.7. *Non autem.*

RAT. DVB. Non possunt nauigantes scire cuius rei nomine magister nauis præpositus sit, nec angustiæ temporis & loci semper patiuntur, vt exactiùs & indulgentiùs de eo inquirant, vt scriptum est initio huius legis, & diximus iterum ad §. *Magistrum autem supr.* Ergo ne decipiantur, dicendum est omnimodo teneri exercitorem, id est, ex omni causa ex qua cum magistro nauis contractum proponatur, non adhibita illa distinctione, quam Vlpianus hîc adhibet: cuius rei gratia magister præpositus fuerit. DEC. Exercitor qui magistrum præponit non alia mente præponit nisi vt nauim ipse exerceat, & ea tantùm faciat, quæ in eam rem necessaria vel vtilia sunt, non etiam cætera, quæ ad causam instruendę & exercēdę nauis nil pertinent. Nec nisi à seipsis decepti videntur nauigantes, si in aliam causam cum eo contrahant. Itaque si ad onus vehendum magister nauis à nauigante locatus fit (ita enim legendum, non vt vulgò *locatum*) aut si aliquas res emerit vtiles nauiganti, vel si quid reficiendæ nauis causa contractum vel impensum sit, vel denique si quid nautæ operarum nomine petent: ex his omnibus causis, aliisque similibus exercitor rectè conuenietur, quia hæc omnia ad eam rem pertinent, cui præpositus est, id est, ad curam regendæ, & exercendæ nauis, neque necesse est, vt specialiter præpositus sit ad hoc vel illud faciendum: sed sufficit, vt ea faciat, sine quibus id facere cui præpositus esset non posset, *arg. l. 2. supr. de iurisd.* cætera verò non faciat, quæ ad nauim exercendam neque necessaria sunt, neque vtilia. Vt putà si ab aliquo ex nauigantibus pecuniam mutuam acceperit extra eos casus de quibus mox tractabimus, aut si fundum Cornelianum emerit, aut vendiderit, vel aliud tale quid fecerit, quod cum nauis exercitione nihil commune habeat. Et ita hic §. accipiendus est. Idē in institore iuris est, *l. cuicunque 5. §. nec tamen infr. de instit. act.* nisi id fecerit institor, quod dominus erat solitus facere *arg. l. vel vniuersorum 12. supr. tit. prox.* aut nisi videatur dominus eum in omnibus suo nomine præposuisse ac substituisse, vt in *l. vlt. inf. de instit. act.* sed in exercitoria actione hoc ampliùs est, quod ij qui cum magistro nauis contrahunt, non habent inuestigandum, an magister nauis habeat mandatum, nécne ad huiusmodi contractum ineundum, non magis quàm vtrùm sit principalis dominus, an factor alterius (in quo videtur mihi Castrensis errasse) sed an hic contractus ad causam nauis exercendæ ac regendæ pertineat *l. vlt. infr. hoc tit.* Iunge §. 9. *infr.*

8 ¶ Quid si mutuam pecuniam sumpserit? an eius rei nomine videatur gestum? & Pegasus existimat, si ad vsum eius rei, in quam præpositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram. quid enim, si ad armandam, instruendámve nauem, vel nautas exhibendos mutuatus est?

Ad §.8. *Quid si mutuam.*

RAT. DVB. Mutui datio aut acceptio nihil commune habet cum negotio exercendæ nauis. Ergo ex hac causa teneri exercitoria actione exercitoria non potest, secundùm ea quæ proximè diximus. DECIS. Distinctio hîc adhibenda necessariò est, quam Pegasus adhibebat, an magister nauis pecuniam mutuatus sit ad vsum eius rei cui præpositus fuit, an non: vt posteriore quidem casu exercitoria non competat: priore verò danda sit. Quid enim si ad armandam, instruendámve nauem, vel ad nautas exhibendos mutuatus est? Etsi namque ad hoc ipsum præpositus non fuit, vt pecuniam mutuaretur, cùm tamen præpositus fuerit ad curandam, regendam, & exercendam nauem, quam porrò benè & commodè exercere aliter non potuit, hoc quoque in necessarium antecedens ei non modò permissum, sed etiam commissum esse intelligitur *arg. l. 2. sup. de iurisdict. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. de procurat.*

9 ¶ Vnde quærit Ofilius, si ad reficiendam nauem mutuatus, nummos in suos vsus conuerterit, an in exercitorem detur actio? & ait, si hac lege accepit, quasi in nauem impensurus, mox mutauit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem præposuerit? quod si ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, & hoc specialiter non expresserit, quod ad nauis causam accipiat, contra esse. quam distinctionem Pedius probat.

Ad §.9. *Vnde quærit Ofilius.*

RAT. DVB. Magister nauis, qui pecuniam à Titio mutuatus, quasi eam ad reficiendam nauem impensurus, eandem postea in alios vsus suos cōuertit, siue ab initio consiliū fraudandi creditoris habuerit, siue cū id priùs mente gereret, posteà mutauerit volūtatē, nō potest videri gessisse negotiū exercitoris, neq. pecuniā impendisse ad vsus eius rei, cui fuit præpositus. Ergo non potuit ex eo cōtractu exercitorē obligare, secundùm ea quæ vidimus in §. *præced.* DEC. In hac quoque specie adhibenda distinctio illa est, quā Ofilio primùm, deinde etiā Pedio placuisse Vlpian. refert, an hac lege nūmos magister mutuos accepérit, quasi in nauē impēsurus, mox verò mutauerit voluntatē, an verò ab initio consiliū ceperit fraudandi credito-

creditoris, & hoc specialiter nõ expresserit, se in causam reficiẽdæ nauis accipere. Priore casu dãda est in exercitorẽ actio exercitoria, quia imputare sibi debet, cur talẽ præposuerit, id est, tã imprudentẽ & inconstantẽ, tamque facilẽ ad mutuas accipiẽdas sine necessitate pecunias, aut ad eas quæ in nauis refectionem erant necessariæ in alios vsus impendendas. Quid enim possis imputare creditori, qui bona fide credidit ad reficiendam nauem, quam sciebat in ea causa esse, vt refectione indigeret? Hoc enim sanè ex parte creditoris requiritur, vt exercitoriam habeat, nihilque imputari ei possit *l. vltim. infr. hoc titul.* Primumque propositum inspiciendum est, vt ait Accursius *arg. l. cùm quis 38. §. 1. de solut.* nisi cùm mutatur consilium in melius, quo casu placet, quod Bartolus hîc notat bonum euentum sufficere ex *l. item si 7. aliàs l. sed Iulianus §. proinde versic. sed & si ab initio inf. de SC. Maced.* At posteriore casu, licèt hoc quoque imputari exercitori posse videatur, quòd talem magistrum elegerit, id est, perfidum & fraudatorem, imputari tamen magis creditori potest, cur tam facilis fuerit ad credendam magistro pecuniam non expressa credendi causa, vt ad reficiendam nauem, quę reficienda erat, nec minore pecunia refici poterat, impenderetur *dict. l. vltim. infr.* Quamquam vt verum fatear, non facilè possum ego hanc distinctionem admittere. Nam cùm quæstio ab Ofilio concepta sit de magistro nauis, qui ad reficiendam nauem mutuos nummos acceperat, & vtraque pars distinctionis propositæ quæstioni conuenire debeat, eiusque finibus exerceri, quomodo fieri, obsecro, potest, vt qui ad reficiendam nauem mutuatus est, non expresserit specialiter se ad causam nauis mutuam pecuniam accipere? Aut quomodo fraudandi creditoris consilium habere, eumque fraudare dici potest, qui ab eo mutuam pecuniam sic accipit, vt non exprimat, an in causam nauis accipiat? Fraudat enim is demùm, qui aliud agit, & aliud simulat, & qui cùm fingat, & dicat se nummos mutuari, vt nauem exercitoris reficiat, mutuatur tamen eo consilio & proposito, vt eos in vsum suum conuertat: non etiam is qui simpliciter pecuniam mutuam accipit, nec exprimit in quam causam. Hoc enim casu fraudatur à seipso creditor, qui antequàm magistro nauis credat, si id agit, vt exercitoriam sibi acquirat contra exercitorem, diligentiùs inquirere debuit, an in refectionem nauis eam pecuniam impensurus esset, & quod ampliùs est, an refectione nauis indigeret. Itaque facilè in suspicionem venio, vt posterior hæc pars distinctionis Triboniano adscribenda sit potiùs, quàm vel Ofilio, vel Pedio, vel denique Vlpiano. Nam præter ea quæ iam diximus, illa adiectio parùm elegans est, *& hoc specialiter non expresserit, quod ad causam nauis accipit.* Sed & illud euidenter falsum est, etiamsi ab initio consilium fraudandi creditoris magister habuerit, eò minùs teneri exercitorem. Nam imò verò teneri eum tanto magis æquum est, qui fraudulentum hominem & dolosum pro ministro elegit. Si modò nihil creditori imputare possis, quomodo certè nihil ei potest imputari, si crediderit ad reficiendam nauem, quæ tum in ea causa fuerit, vt refectione indigeret *dict. l. vltim. infr.* Quid enim eius refert, an magister nauis consilium fraudandi ab initio habuerit, an ex postfacto cœperit? An eo magis fortasse vno casu quàm alio imputare possis aliquid creditori? Alia causa est eius qui contrahit cum filiofamilias vel seruo nullum habente mandatum. Hic enim curiosior esse debet, ac diligentior, vt pecunia in vtilitatem domini conuertatur, vt hic Bart. notat ex *l. 3. §. quid tamen infr. de in rem vers.* planè si magister pecuniam mutuam simpliciter acceperit, non expressa causa nauis reficiendæ, siue refectione indigebat nauis, siue non indigebat, cùm id animo iam ab initio agitaret, vt eam pecuniam in suos vsus conuerteret, non habebit creditor exercitoriam: At non ratione illa, quam Tribonianus de suo ingenio commentus est, quòd fraudandi creditoris consilium iam ab initio magister habuerit, cùm neque hoc casu fraudatus sit creditor. Sed quia non debuit creditor mutuam ei pecuniam dare, nisi in hanc nominatim causam, nauis vel reficiendæ, vel instruendæ. Nam neque sufficere poterat, vt hoc magister exprimeret, si non etiam illud concurreret, vt nauis refectione vel instructione indigeret *d. l. vlt.* Debuit ergo Vlpianus in proposita quæstione distinctionem Africani admittere, quæ est in *d. l. vlt.* non eam quæ ponitur in hoc §. quam tametsi Ofilio, aut Pedio potiùs quàm Triboniano adscribere quis velit, mancam esse fatendum est: cùm non sufficiat, vt in causam reficiendæ nauis expressim accepta & credita sit pecunia, si non egebat nauis refectione, quod tamen Vlpianus hîc prętermittit.

10 ¶ Sed & si in pretiis rerum emptarum fefellit magister: exercitoris erit damnum, non creditoris.

Ad §. 10. Sed & si in preciis.

RAT. DVB. Cùm magister nauis pecuniam mutuam accepit ad comparanda ea, quæ in refectionem aut instructionem nauis sunt necessaria, & in preciis rerum emptarum fefellit, id est, deceptus est (fallit enim seipsum, qui se ab alio falli patitur) non conuertit pecuniam in rem exercitoris, nisi quatenus facit verum earum precium *l. si res 5. infr. de in rem vers.* Ergo non est danda in eum exercitoria, nisi ad verum vsque precium. Vt damnum sit creditoris, qui diligentior esse debuit, vt pecunia vtiliter impenderetur.

DEC. Nullam aliam diligentiam prẹstare debet is qui credit pecuniam magistro nauis, nisi vt credat ad eam nauim vel reficiendam, vel instruendam, & inquirat priùs, an refectione nauis indigeat, vel instructione: at non etiam procurator exercitoris vel magistri esse cogitur, vt inquirere debeat, in quos vsus ea pecunia consumatur, & quàm iusto precio comparentur ea, quæ ad nauem exercendam sunt necessaria, vt eleganter tractat Africanus in *l. vltim. infr. hoc titul.* Damnum igitur quod in precio rerum cariore & iniusto precio comparatarum contigit, exercitoris esse debet, non creditoris, quia exercitor ipse per magistrum contrahere intelligitur, ideòque in solidum obligatur *§. 1. Instit. quod cum eo. l. 1. infr. quod iuss.* sibique debet imputare cur minùs cautum negotiatorem elegerit *§. cuius autem, & §. prox. supr.*

11 ¶ Sed si ab alio mutuatus, liberauit eum, qui in nauis refectionem crediderat: puto etiam huic dandam actionem, quasi in nauem crediderit.

Ad §. 11 Sed si ab alio.

RAT. DVB. Qui ab alio pecuniam mutuatus est, puta à Titio, vt Sempronium dimitteret, qui in refectionem nauis crediderat, non accepit à Titio pecuniam, quasi impensurus in refectionem, non solùm eo casu quo iam refecta esset nauis ex pecunia Sempronij, quod supponi facilè ac probabiliter potest: sed illo etiam casu quo nondum refecta nauis esset. Aliud enim longè est, ex pecunia Titij nauem exercitoris reficere; aliud verò Sempronio soluere. Magister enim nauis soluendo Sempronio quod ei debet, facit se locupletiorem non exercitorem *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Non igitur hoc casu danda est Titio contra exercitorem actio exercitoria, nisi cessa sit ei actio à Sempronio *arg. l. si res 59. infr. de euict.* DEC. Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat vbi certa faciendi forma præscripta non est *l. si quis pro eo 46. l. vltim. §. 1. infr. mandat. l. mulier 22. vers. Drasidas ad Senatusconsultum Trebell.* Atqui etiam in nauis refectionem credidisse videtur Titius, cùm crediditad soluendam Sempronio pecuniam, quæ in id fuerat credita, vt nauis reficeretur. Sic enim locum hunc intelligo, vt in hoc ipsum credita sit à Titio pecunia, vt ad Sempronium perueniret. Alioqui non potest in causam nauis credidisse Titius, si neque de naui, neq; de Sempronio dimittendo quicquam dixerit, nisi ponas pecuniam Titij numeratam primùm magistro, deinde non post aliquod interuallum à magistro fuisse numeratam Sempronio, vt dici de iis creditoribus solet, quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit, vt in eorum locum & priuilegium succedatur *l. si ventri 24. §. vltim. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 9. de priuileg. credit.* Alioquin si neque de naui, neque de Sempronio dimittendo quicquam à Titio dictum sit, non potest videri in causam nauis credidisse, nec proinde habere exercitoriam, ne quidem beneficio cessionis: sera enim cessio est post extinctam solutione obligationem *l. Modestinus 76. de solut.*

12 ¶ Igitur præpositio certam legem dat contrahentibus. quare si eum præposuit naui ad hoc solùm [a], vt vecturas exigat, non vt locet, quòd forte ipse locauerat: non tenebitur exercitor, si magister locauerit, vel si ad locandum tantùm, non ad exigendum: idem erit dicendum. aut si ad hoc, vt vectoribus locet, non vt mercibus nauem præstet, vel contra: modum egressus, non obligabit exercitorem. Sed & si, vt certis mercibus eam locet, præpositus est, puta legumini, cannabæ, ille marmoribus, vel alia materia locauit: dicendũ erit exercitorem non teneri. quædam enim naues onerariæ, quædam (vt ipsi dicunt) ἐπιβατηγοὶ, i. *vectorum ductrices*, sunt, & plerosque mandare scio, ne vectores recipiant. & sic, vt certa regione, & certo mari negotientur, vt ecce, sunt naues, quæ Brundusium à Cassiopa, vel à Dyrrachio vectores traiiciunt, ad onera inhabiles. Item quædam fluuij capaces, ad mare non sufficientes.

Ad §. 12. Igitur præpositio.

Est hæc illatio, non ex iis quæ proximè dicta sunt in præcedentibus §§. sed ex eo quod scriptum est in §. *non autem.* Ita demùm dari exercitoriam in exercitorem ex eo quod cum magistro gestum sit, si quid eius rei gratia gesserit, cui præpositus fuit: Præpositio enim illa est, quæ certam legem dat contrahentibus, vt ibi diximus. Sed intellige de contrahentibus qui legem præpositionis non ignorarunt, de quibus etiam circa tractatum institoriæ actionis in *l. sed si pupillus 11. §. de quo palam & seqq. infr. de instit. action.* Nam in ignorantibus legem præpositionis, & ipsam quoque præpositionem, separanda est exercitoria ab institoria, & sequenda ea sunt, quæ diximus ad initium huius legis, & ad §. *magistrum autem supr.* ex quib. ratio dubitandi ad hunc §. peti potest, præsertim ex eo quod in fine *dict. §. magistrum.* Vlpianus scribit etiamsi exercitor magistrum præposuerit ea lege ne alium ipse præponeret, imò etiam expressè prohibuerit, ne Titio magistro vteretur, si tamen Titium præposuerit, perinde teneri exercitorem ex facto Titij atque ex contractu primi magistri, quem ipse præposuerat: an non enim id apertè est contra legem præpositionis? Sed habet is casus rationem specialem, quam nos ibi attulimus.

a *Quare si eum præposuit naui ad hoc solùm* Exempla sunt illationis suprascriptæ, quæ nullam habent nouam, siue dubitandi, siue decidendi rationem. Nec magna indigent interpretatione. In omnibus enim apparet certam præpositionis formã & legẽ ab exercitore præscriptã esse, quã egredi in dãnum exercitoris nec magistro, nec contrahentibus licet: siue igitur præpositus ad hoc solùm sit magister, vt vecturas exigat, nõ vt locet, quòd fortè ipse iã exercitor locauerit, non tenebitur exercitor ex locatione à magistro facta (quod exemplum notandum est, vt appareat hic loqui Vlpianum de eo casu, quo non possint contrahentes conqueri se deceptos à magistro) siue ad locandum tantùm, non etiam ad exigendum: idem erit dicendum, vt ex solutione magistro facta exercitor teneri non possit, nec nauigans liberari: mandati enim, & præpositionis forma omnimodo sequenda est, quoties certa est *l. si quis pro eo 46. infr. mandat.* Finge præpositum magistrum vt vectorib. locet, non vt mercibus nauem præstet, vel contrà. Si modum egressus sit, non obligabit exercitorem. Idem est, si præpositus sit magister, vt nauem certis mercibus locet, puta legumini, aut cannabæ, ille marmoribus aut alia materia locauit: non tenebitur exercitor, quia contra præpositionis legem factum est. Quædam enim naues onerariæ sunt, vt Vlpianus hîc ait, quædam, vt vocant ἐπιβατηγοὶ, id est, vectorum ductrices: aliæ sunt quæ dicũtur ξυληγοὶ, id est, lignorũ vectrices, de quibus in *l. ligni 55.*

l. ligni 55. §. lignorum de legat. 3. Nec quæ in certos vsus comparatæ sunt, in alios exerceri debent contra formam mandati. Nam & plerique exercitorum mandant magistris ne vectores recipiant, quasi ea sit omnium incommodissima nauigatio propter multorum aut insolentiam, aut perfidiam. Sunt & qui mandant vt certa regione, certoque mari negotientur, vbi minùs esse periculi, aut quænam pericula, & quomodo cauenda sint, longo vsu compererunt, vt à Dyrrachio vel Cassiopa Brendesium vsque sunt naues quæ vectores traiciunt, ad onera verò prorsus inhabiles. Sicut & quædam naues fluuij sunt capaces, quas fluuiatiles dixit Vlpianus in *§. nauem supr.* sed ad mare, id est, ad vsum maris non satis sufficientes; vbi maioribus & validioribus opus est.

13 ¶ Si plures sint magistri, non diuisis officiis: quodcumque cum vno gestum erit, obligabit exercitorem. si diuisis, vt alter locando, alter exigendo: pro cuiusque officio obligabitur exercitor.

Ad §.13. Si plures sint magistri.

RAT. DVB. Cùm plures magistri eidem naui præpositi sunt non diuisis officiis, ea mente videntur ab exercitore prępositi, vt simul gerant, nec vnus sine alio gerere quicquam possit, nisi proponas fuisse illos expressim prępositos in solidum, singulos, quod tamen hîc Vlpianus non potuit. Nam & cùm plures simul eandem summam promittunt, nec adiectum est, ita vt duo sint correi debendi, constat singulos non nisi in viriles teneri *l. reos 11. §. cùm tabulis infr. de duob. reis.* Planè si diuisis officiis prępositi sint, putà vnus locando, alter exigendo, dubitationem res non habet, quin neuter eorum nisi pro suo quisque officio exercitoré obligare possit. DEC. Officium exercendæ ac regendæ nauis per se indiuiduum est, vt & cætera facta ferè omnia quorum effectus in partes scindi non potest *l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. §. 2. l. 2. §. item si in facto & seq. de verb. oblig.* In eo autem factorum genere, si negotium aliquod faciendum pluribus commissum sit, singulis in solidum commissum esse intelligitur, nisi vel diuisis officiis præpositi sint vel expressim cauerit is qui prępofuit, vt vnus sine alio gerere nihil posset, quod plerique faciunt alterutrius prudentiæ aut fidei diffidentes *§. prox. infr.* Ergo si plures sint magistri non diuisis officiis, quodcunque cum vno gestum erit, obligabit in solidum exercitorem, etiam si duos magistros prępositos esse sciuerit ille qui cum altero solo contraxit. Ita enim locus hic intelligendus est. Sic dicimus, si plures sint, qui nauem exerceant, cum eorum quolibet in solidum agi posse. Ne in plures aduersarios distinguatur qui cum vno contraxerit, scilicet si plures eiusdem nauis exercitores vnum eundemque magistrum pręposuerint *§. vlt. cum l. sequ. infr.* Multa hîc tractat Bartolus, & post eum cæteri. De pluribus tutoribus, curatoribus, procuratoribus & gestoribus, aliisque huiusmodi personis ad idem negotium simul constitutis, an in solidum singuli aliquid gerere possint, annon nisi omnes simul, de quo tamen nihil nos hîc dicimus, ne materias confundamus, & ab instituto nostro longiùs aberremus singula suis locis tractaturi. Vide tamen *l. vltim. Cod. de author. præst. l. consilio 7. §. vltim. infr. de curat. furios. l. 3. de curat. bon. dand. l. si mandatu 59. §. 3. & l. seq. §. duobus infr. mandat. l. pluribus 32. supr. de procurat. l. cùm alicui 26. in fin. de negot. gest. cap. si duo de procurat. in 6.*

14 ¶ Sed si sic præposuit, vt plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat: qui contraxit cum vno, sibi imputabit.

Ad § 14. Sed si sic præposuit.

RAT. DVB. Pluribus magistris prępositis sine vlla officiorum diuisione, tantum potest alteruter, quantum vterque ad obligandû exercitorem in solidum, vt proximè diximus. Ergo nihil imputari potest ei, qui cum alterutro contraxerit. DEC. Præpositio certam legem dat contrahentibus *§. igitur 12. supr.* Atqui prępositis duobus non diuisis officiis, lex prępositioni dicta est, ne alter sine altero agere quicquam posset. Ergo imputare sibi debet, qui cum alterutro solo contra legem prępositionis contraxit. Ex qua ratione intelligimus non de alio tractare hîc Vlpianum, quàm qui legem prępositionis sciuerit, aut cui saltem hoc ipsum imputare posit, cur non diligentiùs de prępositionis lege inquisierit, vt & in *l. sed si pupillus 11. §. condicio infr. de instit. action.* vbi dicemus.

15 ¶ Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obuentiones & reditus omnes perueniunt siue is dominus nauis sit, siue à domino nauem per auersionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum.

Ad §. 15. Exercitorem.

RAT. DVB. Hæc actio exercitoria datur ex facto & contractu magistri, qui naui regendæ prępositus est. Ergo indistinctè dari debet contra eum qui magistrum prępofuit, non adhibita distinctione illa, an exercitor nauis ille sit necne, & an dominus nauis, an qui nauem à domino côduxerit per auersionem, id est, in vniuersum, vt in *l. 4. §. 1. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. qui officij 62. §. vltim. de contr. empt. l. opus 36. locat.* (non quomodo Accursius noster explicat) quod Gallicè dicimus *en gros.* vel ad tempus vel in perpetuum. Vtrumque enim fieri potest, neque res hæc ex earum numero est, quæ ad tempus fieri non possunt, cùm ex causa locationis dominium non transferatur *l. non solet 39. infr. locat.*

DEC. Is demùm teneri debet exercitoria ex facto magistri nauis, ad quem quotidianus nauis quæstus pertinet, vt loquitur Iustinianus in *§. eâdem ratione Instit. quod cum eo.* Vel vt Vlpianus in hoc §. ad quem reditus & obuentiones

omnes nauis perueniunt. Hic verò ille est, qui exercitor appellatur, quia eius & imperio & vtilitate nauis exercetur, nec alius est, qui magistrum possit præponere, id est, qui ius habeat præponendi. Parumque refert, an dominus ipse sit nauis, an à domino ius habeat, quomodo habet ille qui nauem conduxit per auersionem, id est, lucra omnia, quæ nauis exercitio adferre potest. Neque enim hoc casu dominum nauis teneri æquum esset, tametsi naui adhuc frui videatur, qui mercede fruitur sicut & qui precio rei *l. quia qui precio 39. iunct. l. praced. supr. de vsufr.* quia cùm agitur de naui, quæ quotidie exercetur, ille pro domino habendus est ad quem obuentiones omnes quoquo iure perueniunt. Non similiter autem tabernæ exercitor quisquam rectè dicitur, sed ille tantùm qui nauem exercet, quamuis etiam taberna exerceri dicatur in *l. habebat 13. §. vltim. infr. de instit. action.* & mensa nummularia in *l. vltim. eod.*

16 ¶ Parui autem refert, qui exercet, masculus sit, an mulier: paterfamilias, an filiusfamilias, vel seruus. pupillus autem si nauem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem.

Ad §.16. Parui autem refert.

RAT. DVB. Contra sexus verecundiam est, vt mulier nauem exerceat, & contra pudicitiam sexui congruentem, vt nauigantium negotiis se immisceat, & virilibus officiis fungatur *l. 1. §. secundo loco supr. de postul. l. fœmina 3. de regul. iur. l. vltim. §. vltim. infr. de leg. Iul. de annon.* DEC. Multa per alios facere possunt fœminæ & aliæ personæ, quæ per seipsas non possent. Nec commercium nauis per exercitorem expeditur quisquis ille sit, siue masculus, siue fœmina, sed per nauis magistrum, ex cuius contractu datur exercitoria. Neque rursus existimãdum est, impediri mulieres verecundiæ & pudititiæ rationibus ne vllis negotiis se immisceant. Multa enim sunt, quæ nec verecundiam nec pudicitiæ famam lædunt, quibus se immiscere, nec ideò prohibentur. Ideoque nec in actione institoria distinguimus, quis præposuerit, adeoque nec quis præpositus sit, cùm plerique etiam pueros puellasque tabernæ præponant *l. sed & si 7. §. 1. & l. seq. infr. de instit.* Idem ergo & in actione exercitoria iuris esse debet, cùm vtriusque actionis eadem ratio sit & eadem æquitas, vt ait Iustin. in *§. eadem ratione vers. institoria Instit. quod cum eo.* siue dicas in institoria ita comparatum esse ad exemplum exercitoriæ, vt in *dict. §. 1.* siue in exercitoria ad exemplum institoriæ, vt in *l. 4. Cod. hoc titul.* Iunge *§. in potestate 21. infr. l. item 57. aliàs l. sed Iulianus §. interdum infr. de SC. Maced. l. 1. §. de eo l. & ancillarum 27. in princip.* vbi dicemus *infr. de pecul.* Pupillus autem si nauem exerceat, inquit Vlpianus, tutoris authoritatem exigemus, scilicet in præponendo magistro, cùm ea prepositione obligetur pupillus qui porro sine tutore obligari non potest *l. obligari 9. de author. tutor. l. verum 9. infr. de inst. act.*

17 ¶ Est autem nobis electio, vtrùm exercitorem, an magistrum conuenire velimus.

Ad §.17. Est autem.

RAT. DVB. Singulis controuersiis singulæ actiones debent sufficere *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Atqui actio exercitoria quæ datur in exercitorem, datur ex persona & ex contractu magistri *§. penult. infr.* quem porrò ex facto suo teneri æquiùs est, quàm alium, qui non contraxerit. Tractamus enim de magistro qui conueniri ipse possit, non de seruo quo cum nulla actio est *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Ergo qui cum nauis magistro contraxit, contra eum solum habere debet actionem, non etiam contra exercitorem cum quo non contraxit. Nec proinde electionem habere debet, cum vtro eorum malit agere. DEC. Qui contrahit cum magistro nauis, non tantùm ipsius, sed etiam exercitoris personam & patrimonium intuetur. Ergo exercitorem quoque obligatum habere debet, & quidem in solidum qui per magistrum, quem præposuit, contraxisse ipse quoque intelligitur. Alioqui quid dicemus, si quis seruum siue suum alienum nullum habentem peculium præposuerit, & cum quo, vt diximus, nulla dari actio possit? Meritò igitur etiam contra exercitorem ex contractu magistri datur actio propria, quæ exercitoria dicitur, nec minùs contra magistrum illa quæ ex proprio ipsius contractu nascitur. Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur, vt eleganter Paulus scribit in *l. si eum 5. §. 1. in fin. infr.* Consequens ergo est, vt ei qui cum magistro contraxit electio danda sit, an contra magistrum agere malit, an contra exercitorem, sed ita vt vnius electione alius liberetur *§. penult. infr.* vbi dicemus. Sic in *l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act. l. cùm filius 66. §. variis de legat. 2.*

18 ¶ Sed ex contrario, exercenti nauem aduersus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodẽ auxilio indigebat. Sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet: aut, si gratuitam, mandati agere potest. Solent planè præfecti [a] propter ministerium annonæ, item in prouinciis præsides prouinciarũ, extra ordinẽ eos iuuare ex cõtractu magistrorum.

Ad §.18. Sed ex contrario.

RAT. DVB. Quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem vti debet *l. 1. & tot. titul. supr. quod quisq. iur.* Ergo is qui cum magistro nauis contraxit, cùm æquissimum esse putet dari sibi

dari sibi ex ea causa & ex eo contractu aduersus exercitorem, exercitoriam actionem recusare non potest, quominùs etiam ab exercitore conueniatur, si quid fortè magistro nauis promiserit, nec præstiterit. Dec. Vbi personæ alicuius condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea siue persona siue personæ condicione, beneficium quoque deficit *l. in omnibus causis 68. de regul. iur.* Atqui exercitoriam actionem ex beneficio Prætoris induxit potissimùm fauor & condicio nauigantium, qui plerunque ignari sunt condicionis eius, cum quo contrahunt, & nauigandi necessitate, quæ non patitur plerunque moras, impediuntur ne possint diligentiùs & pleniùs inquirere de magistro, vt sciant quid consilij capere debeant, vt scriptum est initio huius legis. Exercitoris autem longè alia, diuersaque condicio est: contrahit enim vltro cum magistro, vt nauigantes ille excipiat, & cum iis iuxta legem præpositionis contrahat. Itaque plenissimam indemnitatem consequi à magistro, si magister soluendo sit, potest, aut actione ex conducto (quam hîc actionem ex locato Vlpianus vocat quomodo & Paulus in *l. si eum 5. in princip. infr.*) si nauem exercendam certa mercede conduxerit, aut mandati si gratuitam ei operam magister exhibeat: nulla ergo ratio vel necessitas subest dandæ ei actionis contra nauigantes, cum quibus non contraxit. Quòd si magister fortè soluendo non sit, nec æquum est ei subueniri cùm imputare sibi debeat, cur minùs idoneum magistrum præposuerit *§. cuius autem & §. vnde quærit supr.* Obstat enim illi non nauigantibus regula *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Nulla ergo actio exercitori à Prætore pollicetur, id est, promittitur (verbum deponens est, sumptum in passiua significatione, vt & verbum *tuebitur* apud Papinianum in *l. filio præterito 17. infr. de inust. rupt.*) quia nullo auxilio indigebat. Promissa verò est aduersus exercitorem contrahentibus cum magistro, quia egebant illi hoc auxilio, vt eorum indemnitati plenissimè consultum esse posset.

a *Solent planè Præfecti.* Rat. dub. Prætoriuris & æquitatis ciuilis custos est, & magister, nec aliud est ius honorarium, quàm viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. iunct. §. 1. legis præced. supr. de iustit. & iur.* Ergo quod Prætor æquum non putauit, vt exercitori daretur actio aliqua in eos qui cum magistro nauis contraxerunt, non debuit Præfectus vrbi æquum putare, multo minùs Præses prouinciæ, qui in prouincia ita ius reddit, vt Prætoris potissimùm partibus fungatur. Quod enim edictum Prætoris in vrbe dicitur, in prouinciis edictum Proconsulis aut prouinciale appellatur.

Dec. Ad curam & iurisdictionem Præfecti vrbis ea omnia pertinent, quæ ad salutem & conseruationem vrbis spectant. Inter quæ nemo dubitat quin annonæ præcipua causa sit, & carnis & aliarum huiusmodi rerum omnium, quæ ad vitam sunt maxime necessariæ *l. 1. §. carnis supr. de offic. præfect. vrb. l. vlt. §. vlt. infr. de leg. Iulian. de annon.* Propter quam causam non tantùm negotiatoribus & nauiculariis, sed & nauibus ipsis quæ annonæ vrbis seruiunt immunitates quædam datæ sunt *l. semper 5. §. negotiatores & §. diuus Hadrianus infr. de iur. immun.* Fuit autem dignitas & authoritas Præfecti vrbis longè maior quàm Prætoris, cùm à Prætore etiam in ciuilibus causis, de quibus ipse cognoscebat, ad Præfectum appellaretur *l. Aemilius 41. supr. de minor.* Proinde mirum non est, potuisse Præfectum vrbis extra ordinem iuuare exercitorem propter ministerium annonæ, non quidem data ei actione aliqua siue ciuili, siue honoraria, quod facere non potuisset, sed extraordinaria cognitione, vt fieri solebat in causis fauorabilioribus, quoties actio magis quàm æquitas deficeret *l. 1. & tot. titul. de var. & extraord. cognit. l. quòd si minor. 24. §. vltim. supr. de minor.* Nempe si quis casus talis contingeret in quo adiuuari exercitorem æquum esset, vt puta si magister nauis inopinato aliquo fortunæ impetu lapsus facultatibus rem familiarem amisisset, ac non soluendo factus esset, vt in *l. planè 4. infr. vt in possess. legat. l. 1. infr. de instit. act. iunct. l. nam is 6. supr. de dolo.* Nam quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. faciend.* Quod verò in vrbe licuit Præfecto, id ipsum in prouincia licere debuit etiam Præsidibus, quo generali nomine etiam Proconsules comprehenduntur: quia non tantùm Prætoris, sed etiam Præfecti vrbis cæterorumque omnium Magistratuum, qui in vrbe sunt vice ac partibus Præses in prouincia fungitur *l. 1. l. ex omnibus 10. cum duab. seqq. supr. de offic. Præsid. l. si in aliam 7. §. vlt. cum duab. legib. seqq. supr. de offic. Procons.*

19 ¶ Si is, qui nauem exercuit, in aliena potestate erit, eiusque voluntate nauem exercuerit: quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit, qui nauem exercuit, iudicium datur.

Ad §. Si is qui nauem 19.

Rat. dub. Ex hoc edicto non datur actio exercitoria, nisi in ipsum exercitorem. Vnde & nomen actio sumpsit *§. eadem ratione Instit. quod cum eo.* Atqui neque pater neque dominus exercitoris exercitor ipse est, sed vel filius, vel seruus. Ergo in eum, in cuius potestate is erit, qui nauem exercuit, actio exercitoria in solidum dari non debet, sed sufficit si ex contractu magistri detur in eos actio de peculio, vt ex aliis eorum qui in potestate sunt contractibus dari solet *l. 1. infr. de pecul.* tametsi ex voluntate patris aut domini filiusfamilias aut seruus nauem exercuerit, maximè cùm filiusfamilias exercitor obligari ex sua persona in solidum possit, vt ex quolibet suo contractu *l. si quis cum filiofamilias 44. eod. titul. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.*

Dec. Cùm filiusfamilias vel seruus nauem exercet ex voluntate illius, in cuius potestate est, ferè est, vt pater ipse vel dominus exercitor esse videatur, cùm ad eum quotidianus nauis quæstus pertineat *§. exercitorem supr. & dict. §. eadem ratione.* Quidni ergo etiam actione exercitoria tenebitur in solidum? Nam & ad summã Rempublicam, vt scriptum est in *§. seq.* aut, vt alij legunt, ad summã Republicæ

nauium exercitio pertinet, vt ad initium huius legis scripsimus. Alioqui, cùm filij vel serui pater aut dominus non sit verè exercitor, non magis teneretur in solidum exercitoria, quàm tenetur tributoria is, quo etiam sciente & volente filiusfamilias aut seruus merces peculiares exercet, vt dicemus in §. *seq.* Planè si non ex voluntate patris vel domini filiusfamilias nauem exerceat, non nisi de peculio pater aut dominus tenebitur, quia non potest filius vel seruus contrahendo patrem aut dominum obligare vltra peculium. Et in filiofamilias quidem id minùs mirum videri debet, cùm ad eum volente patre quotidianus nauis quæstus pertinere possit *l. Prætor ait 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend.* Sed in seruo qui acquirit omnia domino non solùm ignoranti, sed etiam inuito *l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. seruum vetante 62. de verb. oblig.* & qui conueniri ipse nulla actione potest *l. cum seruo 107. de reg. iur.* difficilius videtur, vt non aliter dominum obliget exercitoria, quàm si eius voluntate nauem exerceat. Annon enim omni casu exercitor est dominus ad quem omni casu reditus & obuentiones nauis omnes perueniunt? Sed dicendum est, ignorantem & inuitum neminem exercitorem aut esse, aut alterius facto fieri posse: nec quod etiam inuito domino per seruum qui nauem exercet acquiritur, facere debere, vt inuitus quoque dominus per seruum exercitoria actione & in solidum obligetur *arg. l. qui in aliena 6. in princip. de acquir. hered.* de peculio sanè omnimodo tenebitur. Iunge §. *prox. seq.*

20 ¶ Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est, qui nauem exercet: tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam reipublicæ nauium exercitio pertinet. At institorum non idem vsus est: ea propter in tributum duntaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari, sciente domino, negotiatur. Sed si, sciente duntaxat, non etiam volente domino, cum magistro contractum sit: vtrùm quasi in volentem dabimus actionem in solidum, an verò exemplo tributoriæ: in re igitur dubia melius est, verbis edicti seruire: & neque scientiam solam & nudam patris dominive in nauibus onerare: neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. & ita videtur etiam Pomponius significare[a], si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari: si minùs, in peculium.

Ad §. 20. *Licet autem.*

Explicat Vlpianus in hoc §. latiùs quod in præcedente dixerat obligari posse patrem vel dominum exercitoria actione per filiumfamilias aut seruum, id scilicet ita verum esse, si ex voluntate patris aut domini filius aut seruus nauem exerceat. Huiusque iuris rationem subinde reddit quod ad summam rempublicam, aut, vt alij malunt legere, ad summam reipublicæ, id est, ad rempublicam diuitiis cumulandam maximè pertineat nauium exercitio. Ita innuens aliud dicendum fore, si vtilitas reipublicæ cum actionis exercitoriæ æquitate coniuncta non esset. In quo tamen illa dubitandi ratio statim occurrit, quòd ad obligandum patrem vel dominum exercitoria actione in solidum, sufficere videatur, vt eorum voluntate filiusfamilias & seruus nauem exerceant. Quasi sint & ipsi, qui in potestate exercitorem habent, hoc casu exercitores. Sed non ita est. Aliud enim est exercitorem esse, aliud verò exercitori consensum & voluntatem accommodare, sicut dicimus: aliud esse vendere, aliud vendenti consentire *l. aliud est 160. de regul. iur.* Non enim sola voluntas facit exercitorem paritèque exercitoriam actionem, sed præpositio magistri, ex cuius facto & contractu datur in exercitorem actio. Idque apparet euidentiùs ex institoria actione, vt Vlpianus hîc subiicit. Cùm enim alius sit vsus institorum, quàm vt naues exerceant, non sufficit ad obligandum patrem vel dominum in solidum actione institoria, vt ex eorum voluntate filiusfamilias aut seruus in peculiari aliqua merce negotientur, sed omnimodo requiritur, vt ei negotiationi præpositi sint *l. 1. & pass. infr. de instit. act.* Alioqui si sciente tantùm adeoque volente patre vel domino, sed non tamen expressim præponente, negotientur, obligant patrem, aut dominum tributoria tantùm actione, vt in tributum vocetur pater & dominus, cum iis quibuscum filiusfamilias vel seruus contraxit: id enim est, quod ad finem huius §. Vlpianus subiicit, non debere nos in peculiaribus mercibus voluntatem patris aut domini ad solidi obligationem extendere. Inde quærendi occasionem Vlpianus capit, si sciente duntaxat non etiam volente patre vel domino cum magistro nauis contractum sit. Vtrum in solidum danda sit contra eum actio quasi in volentem. An verò ad exemplum actionis tributoriæ in tributum duntaxat? Ratio dubitandi est quoniam is qui scit & patitur, non tantùm velle videtur, sed etiam mandare *l. qui patitur 18. infr. mandat.* Vnde est, quod pupillus pati non posse intelligitur *l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* Ergo non est hac parte constituenda differentia inter nudam scientiam, quæ cum patientia coniuncta sit, & voluntatem. Sed decidendi tamen ratio fortior illa est, quòd potentior esse debeat voluntas expressa, quàm tacita cùm de obligatione & actione in solidum inducenda tractatur. Et expressa nocent plerumque quę non expressa non nocerent, vt habet iuris regula 195. & *l. nonnunquam 52. de condic. & demonstr.* Tantum autem distat inter nudam scientiam, etiam cum patientia coniunctam, quantum inter tacitam voluntatem & expressam *l. sicut 8. §. non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Benè igitur Vlpianus concludit, in re dubia melius esse

verbis edicti seruire, vt neq; patris dominíve scientia sola & nuda eos in nauibus obliget in solidum, id est, quantum ad exercitoriam actionem, sed ea demùm scientia, quæ voluntatem quoque ipsorum adnexam habeat, nec in peculiaribus mercibus voluntatem patris aut domini ad solidi obligationem extendamus, quia & edictum prætoris de actione exercitoria, de volente tantùm patre aut domino locutus est, non de simpliciter sciente. Et è contrario edictum de tributoria, licèt de sciente tantùm patre dominóve locutum sit, non tamen in solidum actionem dare voluit, nec distinxit inter nudam scientiam & voluntatem, nec nos igitur distinguere debemus *vulg. l. de precio 8. supr. de Public. in rem act.* Nempe scientis appellatione contineri potest, etiã is qui vult, quia nemo velle possit, id quod nesciat, volentis verò nomine non potest is significari qui nudam scientiam habeat sine voluntate, quandoquidem id quod plus est, eo quod minus est, exprimi non potest, quamuis in iis quæ se habent per modum generis & speciei, vt scientia & voluntas (scientia enim est quid genericum; voluntas verò quid magis specificũ) sub genere etiã species contineri possit, non item pro genere ipso accipi. Iunge *l. si seruus 6. in princip. infr. & l. 1. §. scientiam.* vbi hoc omnium apertissimè exponitur *infr. de tribut. act.*

a *Et ita videtur & Pomponius significare.* Caue ne hunc versiculum referas ad id quod proximè dictum est de filiofamilias vel seruo in peculiaribus mercibus negotiante, & de voluntate patris dominíve ad solidi obligationẽ eo casu non extendenda (alioqui secum pugnaret Vlpianus, & hic versiculus cum præcedente) sed refert ad exercitoriã actionem, in qua Pomponius quoque hoc ipsum quod diximus obtinere voluit, vt qui in aliena potestate est, si voluntate patris aut domini nauem exerceat, obliget patrem dominúmve in solidum: si minus, obliget eum duntaxat de peculio, licet patre vel domino sciente tantùm exercuetit, si non etiam volente.

21 ¶ In potestate autem accipiemus vtriusq; sexus: vel filios, vel filias: vel seruos, vel seruas.

Ad §. 21. In potestate.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad §. *parui autem refert. 16. supr.* Nam cùm nihil referat, an is qui nauem exercet masculus sit, an mulier. Item an paterfamilias sit, an filiusfamilias, an seruus: nisi quod si pupillus sit, exigimus tutoris authoritatẽ, vt scriptum est in *d. §. parui autem refert*, multò minùs referre potest, an exercitor qui in potestate est, patris aut domini masculus sit an fœmina, & an liber, an seruus ad obligandum actione exercitoria: & in solidum patrem vel dominum, dummodo patris vel domini voluntas expressa interuenerit, vt diximus in §. *praced.* de pupillo sanè tractari hîc nihil potest. Nec enim pupillus esse potest, qui in patris est potestate, aut in patris esse potestate is qui cùm sit pupillus patre caret.

22 ¶ Si tamen seruus peculiaris, volente filiofamilias, in cuius peculio erat: vel seruo, vicarius eius nauem exercuit: pater, dominúsve, qui voluntatem non accommodauit, dumtaxat de peculio tenebitur: sed filius ipse in solidum planè, si voluntate domini, vel patris exercuit, in solidum tenebitur, & præterea filius, si & ipse voluntatem accommodauit, in solidum erit obligatus.

Ad §. 22. si tamen seruus.

RAT. DVB. Filiusfamilias exercitor, cuius voluntate seruus peculiaris, qui in eius peculio erat, nauem exercuit, obligatur exercitoria in solidum ex edicto prętoris, vt diximus in §. *si quis nauem 19. & seq.* Atqui nullius fere momenti esset ea solidi obligatio contra filiumfamilias, non solùm propter ipsius quamdiu pater viuit, inopiam, cùm nulla in ciuitare bona habeat *l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill. substit.* inanis autem fit actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* Sed etiam quia mortuo patre, quo demum tempore potest fieri aliqua executio contra filium, iam factum patrem familias & locupletiorem, non potest condemnari & vrgeri filius, nisi in quantum facere potest *l. 2. infr. quod cum eo l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Ergo exercitoriam hoc casũ in solidum dari necesse est, contra patrem, vt ijs qui cum magistro contraxerunt, & menti Prætoris satisfiat. DEC. Alia est persona, obligatio & voluntas filij, alia patris. Filiusfamilias ex suis contractibus & consequenter ex suã præpositione cùm naui regendæ seruum suum peculiarem præposuit (alium enim quàm peculiarem habere non potest) in solidum tenetur: pater verò non nisi de peculio *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* & nulla factã præpositione si sciente ac volente filiofamilias exercitore seruus ille peculiaris nauem rexerit, perinde obligatur ille in solidum, ac si seruum expressim præposuisset §. *licet autem 20. supr.* sed ea res non potest obligare patrem qui voluntatem suam non accommodauit: nec bona consecutio est, vt quia filiusfamilias voluit, etiam pater voluisse videatur. Non ergo potest hoc casu pater teneri exercitoria in solidum, sed tantùm de peculio, si non probetur ipse etiam voluisse. Idemque est, si seruus per vicarium suum quasi magistrum nauem exerceat. Nam neque dominus tenebitur exercitoria in solidum, sed tantùm de peculio nisi seruo suo, eidemq; exercitori voluntatem suam accõmodasse probetur: eadem enim domini quæ patris hac parte ratio est, sed non eadem serui, quæ filij familias. Nõ enim quemadmodum filiusfamilias, quo volente seruus eius peculiaris nauem exercuit, obligatur, teneturq; in solidum, adeoq; conueniri potest *l. filius familias 39. de oblig. & action.* ita & seruus qui non nisi naturaliter obligatur, & cum quo nulla esse potest actio *l. serui 14. eodem leg. seruus 6. Codic. de iudic. leg. cum seruo 107. De regulis iuris.* Sed non eo magis æquum est obligari dominum

in solidum, ex facto serui sui nec suprà peculij quantitatem, nisi voluntatem suam accommodando, solidi obligationi se vltrò obstrinxerit.

23 ¶ Quanquam autem, si cum magistro eius gestum, sit duntaxat pollicetur prætor actionem: tamen (vt Iulianus quoque scripsit) etiam si cum ipso exercitore sit contractum, pater, dominúsve in solidum tenebitur.

Ad §.23. Quanquam autem.

RAT. DVB. Ex contractu magistri non pollicetur prætor actionem, nisi in exercitorem, & quidem ita demùm si volente eo magister nauem rexerit, sed non in exercitoris patrem vel dominum ex contractu exercitoris. Ergo non potest hoc casu dari in patrem vel dominum exercitoris actio exercitoria in solidum ex filij vel serui contractu, nec si pater aut dominus voluntatem suam accommodauerit, nouóque in eam rem edicto esset opus, aut saltem noua clausula cùm huius edicti verba deficiant de quo in §. *si is qui supr.* Quæ enim ex hoc edicto datur actio, ex persona magistri, non etiam ipsius exercitoris proficiscitur §. *prox. infr.* DEC. Optimum est, & publicè vtile potestatem edicti ad omnes alios casus etiam omissos protrahere, ad quos mens & propositum prætoris porrigi potest, vt quod verbis edicti deest ex mente prætoris suppleatur, *leg. neque leges* 10. *cum tribus seqq. supr. de legibus.* Atqui eadem ratio & æquitas subest dandæ actionis exercitoriæ in solidum contra exercitoris patrem vel dominum ex ipsius exercitoris contractu, cui voluntatem suam pater dominus accommodauerit, quæ subest dandæ in solidum exercitoriæ contra patrem vel dominum ex eo quod cum magistro gestum est. Ergo ad hunc quoque casum potestas edicti extendenda est, vt pater quoque vel dominus exercitoria teneatur in solidum, ob ea quæ filiusfamilias vel seruus gessit. Eo scilicet volente, vt Paulus scribit *libro* 2. *Sententiar. tit.* 6. Maior siquidem ratio est, vt ex contractu exercitorio filijfamiliàs, vel serui pater aut dominus immediatè obligetur, quàm vt ex contractu magistri per mediam filijfamiliàs vel serui personam, sed vtroque tamen casu perinde voluntatem patris vel domini interuenisse necesse est.

24 ¶ Hæc actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, & ideò si cum alterutro eorum actum est, cum altero agi non potest, sed si quid sit solutum a siquidem à magistro, ipso iure minuitur obligatio. sed si ab exercitore: siue suo nomine, id est, propter honorariam obligationem, siue magistri nomine soluerit, minuetur obligatio: quoniam & alius, pro me soluendo, me liberat.

Ad §. 24. Hæc actio.

RAT. DVB. Cùm ex vno eodémque contractu ad consequendam indemnitatem aduersus plures datur actio, neuter eorum liberari debet sola electione, sed magis perceptione, saltem si maiorem æquitatis quàm stricti iuris rationẽ habeamus, vt idem Vlpianus noster scribit in *leg. si ex duobus* 32. *vers. sed licèt hoc iure contingat infr. de pecul. l.* 3. *&* 4. *supr. de his qui effud. vel deiec. l. vlt. C. de fideiuss.* Atqui quoties cũ magistro nauis cõtractum est, ex eo contractu nascitur actio propria contra magistrum; exercitoria verò contra exercitorem: non alia de causa, quàm vt habeat electionem à quo potiùs sperare & consequi indemnitatem possit, an à magistro, an ab exercitore § *est autem supr.* Ergo etiamsi cum alterutro eorum actum sit, quamdiu tamen actor indemnitatem consecutus non est, adhuc tamen cum altero agi potest.

DEC. Vnica tantum causa est actionis, quæ & cõtra magistrum ex contractu competit, & exercitoriæ quæ in exercitorem ex hoc edicto: quamuis alia atque alia actio sit. Quę enim contra magistrum datur ciuilis est, cùm sit ex contractu: quæ verò contra exercitorem honoraria est. Cæterum vtraque ex persona, & facto magistri proficiscitur: atqui actio cùm exercetur, consumitur *l. habebat* 13. *infr. de instit. act. l. si sic stipulatus sim* 112. *de verb. oblig.* Consumi autem nõ potest actio, quin ipsa etiam actionis materia consumatur, quæ porrò vbi consumpta est, nec actionem nouam parere, nec partam retinere amplius potest. Consequenter igitur dicendum est, si is qui cum magistro contraxit, atque ita exercitorẽ quoque sibi obligauit, cum alterutro eorum egerit, cum altero agere illum ampliùs non posse, licet à priore nihil, aut minus quàm ei deberetur, fuerit consecutus. Sibi enim debet imputare, cur malè elegerit, nec habet electionem plurium actionum, vt pluribus actionibus vtatur, sed alterutra earum qua malit, vt in *l. cùm filius* 76. §. *varijs de legat.* 2. Electionem enim hanc introduxit prętor ne actor eluderetur, non vt variandi haberet potestatem, vt in *l. electio* 16. *iunct. l. si communis* 9 *supr. de noxal act.* Lõgéque diuersa species est *d. l. si ex duobus*, propter specialem æquitatis rationem ibi positam, & à nobis explicãdam. Et sanè in hac quæstione varij casus distinguendi sunt, cùm aliquando electione sola vnius personæ & contestatione, alia persona liberetur, vt hîc & in *d. l. electio.* Aliquando non nisi perceptione vt in *d. l.* 4. *de his qui effud. vel deiec.* vbi latiùs de hac re scripsimus: eadẽ ferè quæstio est, cùm aduersus vnã eandémque personam plures actiones competunt, an vnius electio perimat cæteras. De qua dicemus ad *l. quod in herede* 9. § *eligere infra de tribut. act. & ad l. sed si pupillus* 11. § *penult. d. l. habebat quis* 13. *de institut. action.*

a *Sed si quid sit solutum.* RAT. DVBIT. Multum interesse videtur an magister actori soluerit, an exer-

an exercitor, cùm magister soluit, nemo dubitat quin se liberet ipso iure, soluendo quod ipse debet vero creditori: cùm verò sit ipso iure liberatus, nec dubitandum est, quin exercitorem quoque liberet, cuius obligatio non nisi accessoria est, quandoquidem ex persona & facto magistri, vt diximus, proficiscitur. Quemadmodum & liberato per solutionem reo, fideiussorem quoque liberari dicimus, tùm quoque cùm promissum fortè hominem dolo malo occidit, vt in specie *l. si fideiussor. 19. supr. de dolo.* nec enim accessoria obligatio potest consistere sine principali *l. cùm principalis* 178. *de reg. iur.* At cùm non magister, sed exercitor soluit, si quidem nomine magistri, dubitationem res non habet, quin etiã magistrum liberet principaliter & se quoque per consequentias, quia soluendo quisque pro alio etiam inuito nedum ignorante eum liberat *leg. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. solutione 23. de solut.* Si verò suo nomine & propter honorariam suam obligationem qua ex edicto tenetur, non idem dicendum videtur, quoniã qui suo nomine soluit, quod etiam alius debet alium non liberat *l. si quid possessor 31. supr. de hered. petit. l. Papinianus 28. infr. mandat.* Neque hoc casu potest bona videri ratio, quam adfert hîc Vlpianus, *Quoniam & alius pro me soluendo me liberat*, ergo adhibenda fuit hæc distinctio quam tamen Vlpianus reiicit, cùm ait vtroque casu liberationem vtrique contingere & quidem ipso iure. Hoc enim omnimodo probat ratio supradicta si bona est, quam tamen malam esse diximus. DEC. Obligatio exercitoris rectè cõparatur fideiussoriæ, quoniam vtraque accessoria est, & ex principalis debitoris persona factoq; proficiscitur. Atqui fideiussor, etiamsi suo nomine soluat, & propter suam fideiussoriam obligationem, attamen non modò seipsum, sed etiam debitorem principalem & quidẽ per prius liberat. Idemque in omnibus illis qui non nisi accessionis iure obligati sunt, obtinet, si mandatores excipias, de quibus in *d. l. Papinianus*, quia mandatum principalis obligationis causam præbet, non etiam fideiussio. Sed & in pluribus correis debendi, qui omnes æquè principaliter obligantur, idẽ iuris est *l. 2. l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.* ergo & exercitor suo etiam nomine soluendo liberat magistrũ ipso iure, quia scilicet suo nomine soluere non potest, quin soluat etiam nomine magistri pro quo ipse est obligatus. Alia ratio est eorum qui suo nomine soluunt, quod debere se putant, & quod alius tamen debet, sed pro quo non sunt obligati, vt in specie *d. l. si quid possessor. de hered. petit.* eoq; pertinet ratio illa Vlpiani, *quoniam & alius pro me soluendo me liberat*, vt intelligamus exercitorem tùm quoque cùm suo nomine soluit, & propter honorariam suam obligationem, tamen id soluere quod magister debet, & quod magis est, magistri quoque nomine: Illud sanè constat, eo quoque casu quo solutione vnius alter non liberetur ipso iure, doli tamen exceptionem nocere ei, qui bis idem consequi velit, quamuis à diuersis personis *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic. d. l. si quid possessor. 31. vers. sed & petitor. Iunct. l. sicut 8. §. vlt. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Cæterum in hac specie dubitari non oportet, quin & magistro & exercitori vtroque casu liberatio contingat ipso iure.

25 ¶ Si plures nauem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest.

Ad §. vlt. Si plures.

RAT. DVB. Cùm plures nauem exercent vno eodemque præposito ab omnibus magistro (sic enim locus hic intelligi debet) plures simul eodẽq; tempore obligantur actione exercitoria in eam quantitatem quæ debetur his qui cum magistro contraxerunt, non alia ratione quàm quia quotidianus nauis quæstus ad eos pertinet *§. exercitorem supr. §. eadem ratione. Instit. Quod cum eo.* Atqui & pecunia quę pro indemnitate debetur ac petitur, diuidua est, & quæstus ille quotidiamus etiam diuiduus: nulla ergo ratio est, vt singuli in solidum teneantur, tanquam correi debẽdi: sed pro sua potius quisque virili portione, vt dici solet in pluribus eiusdem summę promissoribus, etiam ex vna eademq; stipulatione constitutis *l. reos. 11. §. cùm tabulis infr. de duob. reis.*

DEC. Iniquum est in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit, vt scriptum est in *l. seq. & in l. si ex duobus 32. §. vlt. infr. de pecul.* vbi eadem ratione respondetur, si seruus plurium contraxerit, ex eo contractu dandam esse actionem de peculio solido in singulos dominos, quia & in ea specie qui cum seruo communi contraxerunt, non cum pluribus dominis, sed cum vno seruo contraxerunt. Arqui in proposita specie similiter ij qui cũ magistro plurium exercitorum contraxerunt, non nisi vnius magistri personam intuiti sunt, nec cum ipsis exercitoribus, qui plures erant, sed cum magistro, qui vnicus est, contraxerunt. Ergo in plures aduersarios distringi non debent quod contingeret, si non haberent exercitores singulos in solidum obligatos. Hæc enim actio exercitoria etiam quæ in ipsos exercitores datur, non ex personis exercitorũ nascitur, sed ex persona solius magistri, vt scriptum est in §. præcedente. Proinde cum quolibet exercitorum in solidum agi potest: quemadmodum etsi ex serui communis persona conueniantur, qui voluntate dominorum nauem exercuerit *l. si seruus 6. §. 1. infr.* nisi cùm ex persona propria conueniuntur vt in *l. 4. infr.* non est simile quod scriptum est in *l. 1. §. vlt. supr. de his qui effud. vel deiec.* Habet enim aliam rationem quæ ponitur in *l. 2. eod. tit.*

2. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

NE in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit.

Ad l. 2. Ne in plures.

RAT. DVB. Passim accidit vt qui cum vno contraxit, in plures tamen aduersarios distringatur, cùm actio quæ contra defunctum contrahentem competebat in solidum diuidatur inter plures heredes pro hereditariis portionibus per legem duodecim tabularum. *leg. 1. Cod. si certum petat. leg. final. & tot. tit. Cod. de heredit. act.* quia hereditas eos obligat *leg. siue à certis 17. infr. de duob. reis.* qua

similiter per legem duodecim tabularum diuiditur *l.1.& 2.C.si vnus ex pluribus heredib.debit.* Quamuis dici soleat ex personis heredum condicionem obligationis non immutari *l.2.§.ex his de verbor.obligat.* Ergo nihil absurdi esset, etiamsi ex contractu habito cum magistro nauis daretur exercitoria in singulos exercitores pro virilibus, aut pro partibus exercitionis, vt in *l.4.infr.* DEC. Qui cum vno contrahit illius duntaxat personam & fidem intuetur, & de eo non per partes, aut pro parte, sed in solidum obligando cogitat. Atqui tam persona quàm fides cuiusque indiuidua est. Obligationem igitur quæ ex eo contractu nascitur, & actionem quæ ex obligatione, pariter indiuiduam esse necesse est, nec minùs si contra plures ex aliqua causa detur quàm si contra vnũ illum qui contraxit, ne alioquin fiat ei iniuria, qui de vno in solidum obligando cogitauit: si defensionis per plures scissæ incommodum pati cogatur, *l. iam tamen 5.§.penult.infr.Iudic.solui.* vbi hanc ob causam dicitur, si plures sint fideiussores iudicatum solui non sufficere, vt parati sint omnes defendere ad impediendum ne committatur stipulatio, nisi vnum etiam dent procuratorem, si hoc actor desideret. Nã & plures heredes rei necesse habent vnum eundẽq; procuratorẽ dare, ne defensio per plures scissa incõmodo aliquo afficiat actorẽ, quamuis in actoris heredib. aliud sit: cui congruit quod scriptum est *l.non tamen 38.supr.de procurat.l.si familia 48.supr.familiæ ercisc. leg. quod si nolit 31. §.si plures infr.de adilit.edict.* Alia ratio est heredum debitoris, in quos necessariò diuidenda est actio, & dirigenda pro hereditariis portionibus: non solùm propter authoritatem legis 12.tabular. quæ ita constituit, sed etiam quia non habet creditor quod conqueratur, cùm actio quæ contra defunctum competebat in solidum inter ipsius heredes diuiditur. Quippe quæ intercidere omnino deberet morte debitoris, si non per legem 12.tab. salua conseruaretur: inducta per eam legem fictione hereditatis, ad repræsentandam personam defuncti, vt adhuc viuere existimetur. Porrò cùm hereditatem licèt sui natura indiuiduam, quia in iure consistit, necesse sit, in tot partes diuidi, quot sunt heredum personæ, quasi totidem hereditatibus constitutis, *l.in singulis 77.inf.ad leg.Falcid.& §.1.Instit.eod.tit.* Necesse quoque est diuidi in totidem partes actionem: nec verendum est vt incommodo in ea re aliquo adficiatur actor cuius interest, actionem aliquam habere, licèt diuisam potiùs quàm nullam. Exemplo eius quod de annali actione. De peculio scribit Vlpianus *in l.1.§.meritò autem infr. Quando actio de peculio est annal.* Eadem ratio quæ ponitur in hac lege facit, vt si communis seruus voluntate dominorum nauem exercuerit, in singulos dari debeat in solidum actio, *l.si seruus.6.§.1.infr.* sicut & actio de peculio in solidum peculium datur ex contractu serui communis, id est, etiam pro ea parte peculij, quæ apud alium dominum est, *leg.si ex duobus 32.in principio leg.& ancillarum 27.§.vltim. infra de pecul. leg. habebat quis 13. §.vlt. infr.de instit.act.*

3. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc quicquam facere, quotam quisque portionem in naue habeat, eúmque qui præstiterit, [a] societatis iudicio à ceteris consecuturum.

Ad l. Nec quicquam facere 3.

RAT. DVB. Non datur actio exercitoria in exercitores ex contractu magistri, nisi quia sunt exercitores, vt nomen ipsum actionis ostendit *§.eidem ratione Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo non nisi quatenus exercitores, id est pro quota portione quam quisque in naue habeat. Exemplo eius quod proximè diximus plures vnius debitoris heredes teneri pro hereditariis portionibus, quia hereditas illa est, quæ eos obligat *leg. siue à certis 17.infr.de duobus reis.* DECIS. Plures exercitores tenentur quidem actione exercitoria tanquam exercitores, sed non quatenus exercitores sunt, nec sub illa, vt sic dixerim, formalitate, sed tanquam obligati ex facto & contractu magistri quem præposuerunt, aut qui saltem ex eorum voluntate nauem exercuit, atqui nauis magister vnus tantùm fuit. Ergo quamuis plures sint exercitores, siue paribus, siue dispartibus in naue partibus, non debet in plures aduersarios distringi is, qui cum contraxit vt scriptum est in *leg.praced.* longéque alia ratio est exercitoriæ, alia hereditariæ actionis, vt ibidem scripsimus.

a *Eúmque qui præstiterit* RAT.DVB. Quòd vnus ex plurib. exercitorib. in soliddum præstitit ei, qui cum magistro cõtraxit, ideò præstitit quia ipse suo nomine debuit, non quia etiam alij exercitores debuerunt. Ergo non est ei concedendum, vt quod in solidum præstitit, ab aliis iudicio societatis repetat & consequatur. Imò videtur esse in hoc gratificationi locus, si malit actor totum ab vno petere, vt cæteri nihil præstẽt, quemadmodũ cõtingit à plurib. correis debẽdi, quorũ vnus si in solidũ cõuentus solidũ præstiterit, nihil repetere ab aliis potest, si nõ antequã soluerit, sibi prospexerit petita & impetrata actionum cessione pro parte, vt sæpiùs docuimus contra omnium licèt interpretum sentẽtiam ex *l.si in rem 12. C.si cert.petat.l.rem hereditariam 65.infr.de euict.l.si pro patre 10.§.vlt.infr.de in rem vers. l.2.* si iuxta nostram emendationem legas quomodo legendum est, *Nec soluisse* pro *exsoluisse. C. de duob. reis.* DEC. Quod placuit vnumquemque ex pluribus exercitoribus teneri in solidum, non tam ex necessitate iuris, aut odio illius qui in solidum conuenitur, receptum est, quasi possit imputari ei quomodo correo debendi, cur se in solidum obligauerit, quàm fauore actoris, & ex ratione illa æquitatis potiùs, quàm stricti iuris, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit. Itaque non potest negari, quin soluendo solidum liberauerit socios ab ære alieno, quod ab ipsis perinde in solidum exigi potuisset. Quæ res inter socios parit actionem pro socio. Inter cæteros verò familiæ erciscundæ vel communi diuidundo, ne alioquin cæteri ex eius qui soluit iactura locupletentur *l.& ancillarum 27.§.vlt.infr.de pecul.* vbi dicitur adeò verum hoc esse, vt ei qui actione de peculio conuentus soluit, solidum danda sit pro indemnitate actio aduersus cæteros siue pro socio, siue communi diuidundo, vt si nihil ab iis consequi possit fortè quia peculium nullum apud eos fuerit, nec æquum sit conueniri eum in solidum, *leg. quare 28.eod.* Quod etsi in actione de peculio tantùm ibi scriptum est, ad exercitoriam tamen, & ad insti-

& ad institoriam quoque trahi debet, in quibus idem omnino ius obtinet *l. habebat quis* 13. §. *vlt. infr. de instit. act.* Æquius enim est, si aliter fieri non possit, vt in damno moretur is qui cum magistro nauis aut institore, aut seruo communi contraxit, quam vt vltra partem suam oneretur is qui quod supra partem suam soluisset, repetere à nullo postea posset. Proinde quod dicimus posse vnumquemque ex exercitoribus in solidum conueniri, non tam ad effectum exactionis, quàm ad agendi facilitatem pertinet, nec tam ne damno vllo actor afficiatur, quàm vti ne illo incommodo scissæ per partes defensionis vt in *l.* 5. §. *penult. infr. Iudic. solut.* Iunge *d. l. habebat quis* 13. §. *vlt. cum l. seq. infr. de inst. act.*

4. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI tamen plures per se nauem exerceant, pro portionibus exercitionis conueniuntur. neque enim inuicem sui magistri videntur.

Ad l. si tamen 4.

RAT. DVB. Cùm plures per se, non per magistrum nauem exercent, & aliquis contrahit cum vno ex exercitoribus, maior ratio esse videtur, vt cæteri exercitores ex facto & contractu alterius obligentur, quàm si cum vno eodemque communi magistro contractum esset, siue quòd plus sit exercitorem esse quàm magistrum, siue quòd plures exercitores per se nauem exercentes alij aliis aut magistri, aut saltem magistrorum loco esse videantur.

DEC. Quisquis exercitor nauis est, eam pro arbitrio suo, aut per se, aut per alium exercere potest, in dubio autem nisi se inuicem præposuerint, non est quisquam ex ijs credendus alieno fecisse nomine, quod suo facere potuit *l.* 1. *l.* 4. *l. cùm ex pluribus* 97. *infr. de solut.* ergo siue vnus tantùm ex ijs contraxerit solus ille tenebitur, & in solidum, sed actione propria ex suo contractu non exercitoria, alij verò nullomodo tenebuntur, quia neque per se, neque per alium contraxerunt; siue omnes simul & per se contraxerint, qui casûs est huius legis, nullus ex iis in solidum tenebitur, nec rursus exercitoria, quæ non nisi ex cõtractu magistri proficiscitur *l.* 1. §. *pen. supr.* sed propria quisq; ex eo contractu actione & pro partibus exercitionis, non pro virilibus. Aliud ergo erit, si conuenerit, vt sint sui inuicem magistri.

1 ¶ Sed si plures exerceant, vnum autem de numero suo magistrum fecerint: huius nomine in solidum poterunt conueniri.

Ad §. 1. *Sed si plures.*

RAT. DVB. Si plures exercitores nauem per se exerceant, nihil facere aut addere posse videtur, quod de suo numero aliquem magistrum faciant. Quorsum enim magister, nisi vt nauem ipse pro alio exerceat? Quomodo autem pro eo qui & ipse quoque exerceat? Ergo hoc quoque casu idem videtur dicendum, quod superiore, vt omnes non nisi pro exercitionis portionibus teneãtur, nisi quod in hac specie, si cum eo contractum sit quem alij magistrum fecerint, & exercitoriæ actioni locus est contra cæteros, qui non contraxerunt: contra eum verò qui contraxit, in solidum ex proprio contractu, non etiam exercitoria, quæ in superiore specie nullo præposito magistro nulla esse potest.

DEC. Commodiùs, tutiùs, & expeditiùs regitur nauis, quæ ex pluribus exercitoribus magistrum vnum habet, quàm si plures exercitores etiam æquè periti, adeoque si voles peritiores eam per se communiter exerceant, vt scripsimus ad *l.* 1. §. 1. *supr.* nec ratio iuris immutari potest ob id solùm quod magister nauis vnus sit ex exercitoribus, quemadmodum nec nauigantis cum eo contrahentis deterior debet esse condicio, quàm si cum alio quolibet magistro contraxisset: quid enim vetat esse vnum eundémque, & magistrum aliorum exercitorum, & pro sua quoque parte exercitorem? Ergo quemadmodum si cùm magistro communi contractum esset, daretur exercitoria contra omnes in solidum, ita & cùm cæteri alium ex exercitoribus magistrum præposuerunt, eadem actio contra omnes in solidum danda est, præterquàm contra eum ipsum qui contraxit, qui sicuti magister sui ipsius esse non potest, ita neque ex proprio suo contractu teneri exercitoria, sed propria illa actione, quæ ex eo competierit: si quid tamen ex magistri huius eiusdémque coexercitoris contractu alij præstiterint, vtique ab eo repetent, non actione mandati, aut ex locato, vt in *l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *supr.* Sed iudicio societatis; si socij proponantur vt in *l. prox. praced.* Nec tamen necesse est, vt puto, ad cæteros exercitoria actione in solidum obligandos, vt alium expresè magistrum præposuerint, sed sufficiet, vt vnus ex exercitoribus aliorum voluntate nauem exercuerit *arg. l.* 1. §. *si is qui nauem & seq. supr. &* §. *prox. infr.*

2 ¶ Sed si seruus plurium, nauem exerceat voluntate eorum: idem placuit, quod in pluribus exercitoribus, planè si vnius ex omnibus [a] voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur, & ideo puto, & in superiore casu [b], in solidum omnes teneri.

Ad §. 2. *Sed si seruus.*

RAT. DVB. Seruus plurium qui eorum voluntate nauem exercet, non ideo magister ab iis omnibus præpositus esse intelligitur: aliud enim est, præpositum esse, aliud ex eius qui non præposuerit voluntate exercere, vt diximus ad §. *licet autem l.* 1. *supr.* ergo quod proximè dictum est, Si plures per se nauem exerceant, vnum autem de suo numero magistrum faciant, singulos in solidum eius nomine conueniri posse, non idem probandum

est, si seruus plurium voluntate omnium nauem exerceat, vt omnes in solidum teneantur, si non ab omnibus præpositus sit magister. Dec. Quod ad exercitoriam actionem pertinet nihil interest, an præpositus quis sit ab exercitore vno vel plurib., an eorũ volũtate exercuerit ad obligandos eos in solidũ actione exercitoria. An institoria sanè interest ob eam diuersitatis rationem quam attulimus in *d.* §. *licet autem*. Nos de exercitoria hîc tractamus. Ergo si seruus plurium, voluntate omnium nauem exercuerit, ex eius contractu domini omnes in solidum exercitoria tenebuntur. Idque est quod apertiùs concluditur in fine huius §. & à Paulo in *l. pen.* §. 1. *infr.*

a *Planè si vnius ex omnibus.* Sensus est, si non omnium dominorum voluntate vt in superiore specie, sed vnius tantùm ex dominis seruus plurium nauem exercuerit, solum illum ex contractu communis serui exercitoria in solidum conueniri posse, cæteros verò non nisi de peculio, quomodo conueniendi omnes essent, si nullus ex dominis voluntatem suam seruo communi accommodasset *l.* 1. §. *si tamen* 22. *supr.*

Rat. dub. Seruus hic communis fuit plurium, & nauem communem exercuit. Ergo quamuis vnius dumtaxar ex dominis voluntate exercuerit, perinde tamen singuli in solidum teneri debent, atque is qui voluntatem suam accommodauit. Dec. Exercitoria nemo vnquam tenetur ob id solùm, quod exercitor sit, sed ob id tantùm, quòd vel præposuerit magistrum, vel nauem exercenti voluntatem suam accommodauerit *d.* §. *licet autem*. Atqui ponimus seruum hunc communem, neque ob omnibus dominis suis præpositum fuisse regendæ naui, neque ad eam regendam omnium voluntatem, sed vnius tantùm habuisse ergo ex eius contractu solus ille qui voluit, teneri debet, nõ etiam cæteri qui non voluerunt.

b *Et ideò puto & in superiore casu.* Superiorem casum proculdubio eum intelligit, qui initio huius §. propositus est, si seruus plurium nauẽ exerceat voluntate omnium. In qua specie dixerat Vlpianus idem placere, quod in pluribus exercitoribus, nec tamen satis aperuerat, quid his verbis sibi vellet: cùm in præcedentibus duos casus proposuerit, in quorum priore dixerat plures exercitores per se nauem exercentes ex omnium contractu, non nisi pro exercitionis portionibus conueniendos esse. In posteriore verò plures exercitores exercentes per magistrum quem de suo numero fecerint eius nomine in solidum teneri. Ne ergo dubitari posset, quin id quod initio huius §. scriptum erat, si seruus plurium nauem exerceat voluntate omnium, idem placere quod in pluribus exercitoribus ad id referri deberet, quod in posteriore & proximiore præcedentium dictum fuerat, teneri plures exercitores in solidum meritò subiungit Vlpianus, *& ideò puto & in superiore casu omnes in solidum teneri*, eadem, sed apertior Pauli sententia est in *d. l. pen.* §. 1. *infr.*

3 ¶ Si seruus sit, qui nauem exercuit voluntate domini, & alienatus fuerit: nihilominùs is, qui eum alienauit, tenebitur proinde, & si decesserit seruus, tenebitur [a]. nam, & magistro defuncto, tenebitur.

Ad §. 3. *Si seruus sit.*

Rat. dub. Hæc actio ex persona magistri, vel eius qui voluntate domini nauem exercuit in exercitorem datur *leg.* 1. §. *pen. supr.* Ergo, si magister seruus sit, & alienatus fuerit, cùm fiat in dominio emptoris, danda est actio contra emptorem tanquam dominum, aut saltem danda est electio actori, an cum venditore malit agere, an cum emptore, vt in actione de peculio *l. si noxali* 11. §. *penult. l. & ancillarum* 27. §. *si seruus l. si ex duobus* 32. §. *pen. l. si creditor.* 37. §. *pen. infr. de pecul.* Nam & actio exercitoria æquiparatur in plerisque actioni de peculiò *l. habebat quis* 13. §. *vlt. infr. de Instit. act.* Fit enim alienatio quælibet cum sua causa *l. alienatio* 67. *de contr. empt.* nec potest fieri, vt ex contractu serui, cum quo nulla actio est, dominus ipse non conueniatur.

Dec. Dominus cuius voluntate seruus antequàm alienaretur nauem exercuit, non ideò tenetur exercitoria, quòd dominus sit, vt euenit in actione de peculio, sed quia seruo nauem exercenti voluntatem suam accommodauerit, quasi ea voluntas præpositio quædam sit. Et sanè præpositionis loco, atqui alienatio serui non mutat statum, nec veritatem rei, quæ fuit ante alienationem. Et sicuti non facit vt nouus dominus voluisse videatur eo tempore, quo nec velle potuit: ita nec facere potest, vt verum non sit, priorem dominum voluisse. Ergo nihilominùs is qui eum alienauit, tenebitur exercitoria in solidum perinde ac si non alienasset: emptor verò quamuis nouus dominus nullo modo tenebitur, non solùm quia nihil eo volente factum est, sed etiam quia nihil ei noceret voluisse eo tempore, quo nondum erat dominus *leg.* 4. §. *si extraneus supr. de noxal. action.*

a *Proinde & si decesserit seruus, tenebitur.* Rat. dub. Actiones quæ contra dominum competunt ex contractu serui, extingui solent morte serui nisi si quando ex beneficio prætoris iusta aliqua de causa conseruantur, quo casu fiunt annales, vt videre est in actione annali de peculio *l.* 1. *& tot. tit. infr. quand. act. de pecul. est annal. iunct. l. pen.* §. 1. *supr. de noxal. act.* Atqui exercitoria actio proficiscitur ex contractu, & facto serui eiusdemque magistri quem post nauem exercitam ponimus alienatam. Ergo si hic idem seruus post alienationem aut etiam antè decesserit, dominus nullo modo tenebitur.

Dec. Actio quam quis semel habere contra dominum cœpit siue ex stipulatu illa sit, siue ex contractu serui, ea nec euictione, nec manumissione, nec morte aut fuga serui amittitur *l. euicta* 16. §. *si seruus infr. de euict.* Sunt enim quidam modi legitimi actionum vt acquirendarũ ita amittendarum, inter quos mors serui non est, præsertim verò in hac specie, in qua non tam ex contractu serui nascitur, quã ex eo quod seruus hic volũtate domini nauẽ exercuit, licèt nõ fuerit magister, quia nulla fuit expressa præpositio. Ergo queadmodũ defũcto nauis magistro nõ eo minùs tenetur exercitoria dominus, ita neq; defuncto eo qui voluntate domini nauem exercuit, quia morte contrahentis nõ idcirco cõtractus extinguitur, quomodo morte delinquentis crimina ferè omnia extinguũtur, nec morte serui desinit ratio, quę viuo eo dominũ obligabat exercitoria, quia scilicet seruo nauẽ exercẽti voluntatẽ suam accommodauerat. Hinc verò intelligimus quã diuersa

rati•

tatio sitactionũ noxaliũ, quæ serui morte intereũt, quia ex delicto nascuntur, non ex contractu, vt exercitoria. Et ex lege duodecim tabularum perpetuam comitem habent dedendi serui potestatem *l. miles 6. §. 1. infr. de re iudic. l. 1. & pass. de noxal. act.* quæ potestas moriente seruo intercidit *dict. l. penult. §. 1. eod.* Actio autem de peculio licèt ex contractu nascatur æquè ac exercitoria *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* ideo tamen morte serui aut alienatione finitur, quia ex sui natura & essentia non datur, nisi aliquo existente peculio *l. si seruus 20. supr. de dolo l. quæsitum 30. l. deposui 38. in princip. l. eo tempore 50. & pass. infr. de pecul.* Peculium autem & morte & alienatione serui esse desinit. Ideoque necessarium fuit auxilium & beneficium Prætoris, vt in annum vsque post mortem vel manumissionem, vel alienationem serui actio de peculio produceretur *d. l. 1. §. meritò autem infr. quand. de pecul. act. est annal.*

4 ¶ Hæ actiones perpetuò, & heredibus, & in heredes dantur. proinde & si seruus, qui voluntate domini exercuit, decessit: etiam post annum dabitur hæc actio: quamuis de peculio vltra annum non detur.

Ad §. vlt. Hæ actiones.

Hoc nomine significantur cum exercitoria actione cæteræ quoque similes exercitoriæ, vt institoria, tributoria, quod iussu & de in rem verso. Hæ namque omnes sicut in solidum dantur, non de peculio duntaxat, si tributoriam excipias, quæ in solidum quidem non datur, sed tamen datur vltra quantitatem peculij: ita & heredibus & in heredes dantur, & quidem perpetuo, non intra annum duntaxat *l. nouissimè 15. infr. de instit. act. l. illud quoque 7. §. vlt. & l. seq. inf. de tribut. l. 1. in fin. inf. quand. act. de pecul. est annal.* Idque ex natura prætoriarum actionum, quæ & rei persecutoriæ sunt, & ex contractu descendunt *l. in honorariis 35. de oblig. & act. l. hæc actio 4. supr. si mens. falsmod. dixer.* Ratio tamen dubitandi ea fuit, quod hæ actiones omnes proximè accedunt ad actionem de peculio, cui & exercitoria æquiparatur in *l. habebat quis 13. §. vlt. infr. de instit. act.* de peculio autem actio licèt regulariter & sui natura sit perpetua, quoniam & ex cõtractu nascitur, & rei persecutoria est, interdum tamen annalis est, iis scilicet casibus de quibus in *l. 1. & tot. tit. quand. act. de pec. annal. est.* Cæteræ verò de quibus diximus nunquam sunt annales, sed semper perpetuæ, sed decidendi ratio & diuersitatis illa est, quam proximè attulimus, quòd actio de peculio cùm sui natura non detur, nisi ad peculium, diutiùs durare non potest, quàm peculium ipsum si non speciali auxilio & beneficio Prætoris in annum vsque porrigatur. Atque hanc dubitandi rationem esse ad hunc locum Vlpianus non obscurè insinuat iis verbis, *quamuis de peculio vltra annum non detur.* Potest etiam dubitandi ratio aliqua, sed leuiuscula ex eo peti, quòd exercitoria & cæteræ similes actiones non aliam causam habeant, quàm voluntatem domini, qui aut magistrum aut institorem præposuit, aut exercitoris, cuius voluntate seruus aut filiusfamilias nauem exercuit, vt diximus in præcedentibus. Voluntas autem morte finitur, nec transit ad heredem *l. si ita legatum 65. §. illi si volet de legat. 1.* Sed quamuis volendi facultas non semper transeat in heredem, vt velle possit, quod velle defunctus potuit. Voluntas tamen ipsa à defuncto declarata, & quæ defunctum obligauit, transit proculdubio ad heredem eumque obligat *l. viam veritatis 10. Cod. de locat.* alioqui contractus omnes non minùs quàm crimina morte contrahentium finirentur: cùm omnes à contrahentium voluntate causam & originem habeant, quod tamen stultum esset dicere.

5. PAVLVS libro 29. ad Edictum:

SI eum, qui in mea potestate sit, magistrum nauis habeas: mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. idem est, si communis seruus nobis erit. ex locato tamen mecum ages [a], quod operas serui mei conduxeris: quia, & si cum alio contraxisset, ageres mecum, vt actiones, quas eo nomine habui, tibi præstarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experieris [b]: quòd si gratuitæ operæ fuerint, mandati ages.

Ad l. Si eum 5.

RAT. DVB. Ex contractibus quidem seruorum nostrorum actionem acquirere possumus, quoties cum alio contrahunt, ad eum obligandum *l. 1. infr. de instit. act.* sicut & ex eorundem contractibus obligari possumus de peculio *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* adeoque in solidum si voluntas nostra accesserit, vt in exercitoria, & institoria, & quod iussu, vel saltem scientia, vt in tributoria *l. 1. § licèt autem supr. & Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* At vt nosmetipsi contrahentes cum seruis nostris, obligemus alios in solidum, videtur certè difficiliùs, & à iuris ratione alieniùs, cùm ex alieni serui contractu nemo teneri debeat ne quidem de peculio *d. l. nec seruus.* Ergo si eum siue filiumfamilias, siue seruũ qui in mea potestate sit, magistrum nauis habeas, absurdum videtur, vt mihi quoque qui sum pater vel dominus, perinde atque alij cuilibet competat in te actio exercitoria in solidum, si quid cum eo contraxero. Itemque si quid cum eo seruo qui nobis communis seruus sit: nam & qui communis inter nos est, meus est, licèt tuus quoque sit *l. illud 46. infr. de rit. nupt.* DEC. Si eum qui in potestate mea sit, magistrum nauis habeas, & ego cum ipso contraham, videor contrahere tanquam cum seruo tuo & tecum potiùs qui eum naui tuæ, vt alium quemlibet, præposuisti, nec tam rursus tanquam eius dominus, quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt.* Nam etsi tu alium magistrum quemlibet naui tuæ magistrum

præposuisses, perinde cum ipso contraxissem. Quid-ni ergo perinde ex serui siue mei, siue inter nos communis contractu æquè teneberis exercitoria in solidum? Aut quid tua interest, an mihi, an alij ex contractu eius in solidum obligeris? Est enim quod tibi imputes, cur seruum siue meum, siue communem nauis tuæ magistrum elegeris, & præposueris, aut cur non saltem, cùm præposuisti, denunciaueris ei ne mecum contraheret: quo facto vtique non potuisset te mihi nec in solidum nec alio vllo modo obligare.

a *Ex locato tamen mecum ages.* Actionem ex locato dixit hîc Paulus pro actione ex conducto, vt subiecta ratio demonstrat, *quòd operas serui mei conduxeris*: quomodo etiam Vlpianus in *l.1.§.sed ex contrario sup. hoc tit.* nam ex conducto non ex locato actio illa est, quæ conductori datur *l. ex conducto 15. infr. locat.* Sed prudentibus nostris præsertim veteribus familiare fuit, vt his verbis locationis & conductionis sicut & istarum actionum nominibus promiscuè vterentur, itemq; nominibus emptionis & venditionis, itemq; actionum empti & venditi *l. veteres 29. & seq. infr. de action. empt.* Inspiciendum tamen est initium contractus, an locatæ sint merces vehendæ, quo casu locatio fit à domino, qui & idcirco agit ex locato, an verò magister nauis operas suas locauerit, quod cum accidit locator ipse est non conductor *l. 2. infr. tit. prox.*

RAT. DVB. Quod locaui tibi operas serui mei, vt iis quasi serui tui operis vtereris, non debet facere condicionem meam deteriorem, vt si quid cum eo tanquam cum magistro tuæ nauis contraxero, minùs obligatum te exercitoria actione, & in solidum habere debeam, quàm si cum seruo tuo eodemque magistro contraxissem. Ergo etiamsi contra te agam exercitoria, non eo magis permittendum tibi est, vt contra me ex conducto experiaris. DEC. Quicquid seruus meus cuius operas tibi locaui, vt magister nauis tuæ fieret, ab aliis stipulatur, id totum non tibi licèt operas eius conduxeris, sed mihi tanquam domino suo acquirit ipso iure: non enim alij ex ratione iuris potest acquirere, quàm vel domino, vel fructuario, vel bonæ fidei possessori *l. acquiruntur 10. per tot. de acquir. rer. domin.* Tu verò neque dominus, neque fructuarius, neque bonæ fidei possessor es, sed tantùm conductor, nec aliud auxilium tibi superest, nisi vt contra me agas ex conducto, ad hoc vt actiones quas eo nomine quæsitas habui, tibi præstem, quarum scilicet lucrum & commodum penes te manere æquum est, cùm operas eius à me conduxeris: ne alioqui duplici lucro adficiar, si & pro serui mei operis mercedem habeam, quam dedisti, vt ex operis eius acquireres, & præterea quicquid ille tuo nomine, & tanquam magister tuæ nauis, mihi acquisiuerit. Eadem porrò iuris & æquitatis ratio facit, vt quemadmodum si cum alio seruus meus contraxisset, actiones tibi, quas aduersus eum haberem, præstare deberem, ita & si cum ipso contraxero, teque mihi exercitoria actione in solidum obligauero, liberare te debeam, ne quid mihi præstare cogaris, quia magis imputare mihi debeo, cur post locatas tibi serui mei operas, cum eo contraxerim, ad acquirendam mihi contra te actionem: cùm scire debuerim nullam mihi per eum actionem, siue contra te, siue contra alium acquiri exinde posse, quin eius lucrum & commodum præstare tibi debeam ob locatas tibi certa mercede huius serui operas, quibus interim carere tanti habui. Ex conducto igitur mecum ages, non vt actionem aliquam tibi præstem, quam contra te ipsum præstare nullam possum *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* sed vt te liberem. Nec enim nouum est, vt alicui detur vltro actio ad hoc solùm consequendum, vt liberetur, non solùm si ex legato liberationis agatur *l.3.5. & pass. infr. de liber. legat.* sed etsi actione ex conducto quod ad rem nostram magis accedit, vt in *l. si fundum 33. in fin. infr. locat. l. si mandatu 45. §. quoties infr. mandat.*

b *Quemadmodum cum libero, siquidem conduxisses, experieris.* RAT. DVB. Per liberam personam acquiri nihil nobis potest excepta causa possessionis *l. & licèt 15. supr. de pecun. const. l. solutum 11. § per liberam de pignor. act. l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* Ergo quod hominis liberi operas conduxeris, prodesse tibi non debet, vt contra eum experiaris ex conducto, quasi per eum acquiri tibi aliquid potuerit, & debuerit. DEC. Aliud est dicere per liberum hominem cuius operas conduxeris, vt nauem tuam exerceret, aliquid acquiri tibi potuisse, quod certè falsum est: aliud verò teneri eum ex conducto, vt quod sibi ex illa nauis tuæ exercitione acquisiit, præstare tibi cogatur per actionem ex conducto, si operas eius conduxeris, aut etiam mandati, si gratuitæ eius operæ fuerunt. Nam hæc ipsa causa est, propter quam necessaria est cessio & præstatio actionum, quia sibi eas ille non tibi acquisiuit. Cùm tamen nullum debeat lucrum sperare ex operis suis siue eas locauerit, siue gratuitum mandatum susceperit, quia vtroque casu tibi rem gessit, & ex bona fide gerere debuit, non sibi *l. possessio 49. §. vltim. infr. de acquir. poss. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Quod igitur in homine libero iuris est, vt actiones quas sibi acquisiuit, nauem alienam exercendo, aut conductori actione ex conducto, aut mandatori actione mandati præstare cogatur, idem in magistri domino seruandum est, quia quod magister si liber esset seruo acquireret idem, si seruus sit, domino suo acquirit. Nihilque refert, an exercitoria actio danda sit cōtra magistrum ipsum, vt in *l. 1. §. licèt autem*, an contra magistri dominum, vt hîc.

1 ¶ Item si seruus meus nauem exercebit, & cum magistro eius contraxero: nihil obstabit, quo minùs aduersus magistrum experiar actione, quæ mihi vel iure ciuili, vel honorario competit. nam & cuiuis alij non obstat hoc edictum, quo minùs cum magistro agere possit. hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur.

Ad §. 1. Item si seruus.

RAT. DVB. Si seruus meus nauem alienam permittente me exerceat, isque magistrum aliquem præposuerit, cum quo ego contraxerim, non possum agere exercitoria cum seruo meo, quia nullius actionis, aut exercendæ, aut excipiendæ capax est seruus *l. seruus 6. C. de iudic. l. serui 14. de oblig. & act.* præsertim verò con-

verò contra dominum *l.4.supr.de iudic.* exceptis casibus de quibus in *l. vix certus 53. eod. tit.* Ergo neque cum magistro, quem ipse præposuerit, agere possum, ne deterior sit condicio magistri, quàm exercitoris, qui magistrum adhibet, & ex cuius persona contractuque non minùs in exercitorem quàm in magistrum ipsum actionem Prætor pollicetur *l. 1. §. penult. supr.* DEC. Magister nauis si liber homo sit, conueniri ex omnibus suis contractibus potest, vt & alius quilibet qui bene contraxerit, idque aut ciuili aut honoraria actione, prout vel ciuili vel honorario iure fuerit obligatus. Sicut enim contractus omnis, si modò iustus & licitus sit, obligationem parit, ita & obligatio actionem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Nec impedimento esse potest, quominus magister à me conueniatur, quod seruus meus idemque exercitor, qui eum præposuit, conueniri à me per exercitoriam actionem non possit. Id enim fit propria quadam ratione, quia seruus meus est. Nam si aut alienus esset, aut liber homo, æquè possem contra eum aut contra eius dominum, agere exercitoria, atque contra magistrum propria ex contractu actione siue ciuili siue honoraria. Et quod duplicem hoc casu actionem habere non possum, facere non debet, vt nec primam quæ contra magistrum competit habere debeam, imò tanto magis, quòd si eam non haberem, in damno me morari necesse esset. Denique vt is qui cum magistro contraxit, agere cum eo possit, non est necesse, vt exercitoria quoque contra exercitorem competat, si quid sit quod obstet, ne possit competere, sed sufficit, vt ex contractu magistri competitura fuerit, si condicio personæ exercitoris, aut alia quæuis ratio aliunde quàm ex contractu ipso procedens non repugnaret. Nam, vt eleganter Paulus hic subiicit, non ea mente Prætor exercitoriam actionem induxit, vt eam, quæ contra magistrum ex contractu suo competebat, perimeret, ac quasi facta nouatione transferret eam in exercitoriam: sed vt priori actioni aliam adiiceret, atque ita ei qui cum magistro contraxisset, pleniùs consuleret, cùm sæpius accideret, vt magister nauis minùs esset idoneus, & non soluendo.

2 ¶ Si vnus ex his exercitoribus cum magistro nauis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit.

Ad §. 2. Si vnus.

RAT. DVB. Qui cum magistro nauis contrahit, habet obligatos exercitores omnes, vt cum vnoquoque ipsorum exercitoria experiri in solidum possit *l. 1. §. pen. & vlt. l. prox. §. 1. supr.* Arqui cùm vnus ex exercitoribus, contrahit cum magistro, seipsum obligare sibi ipsi non potest, neque exercitoriam actionem contra seipsum acquirere *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Ergo neque alios sibi obligare poterit, aut contra cæteros agere. DEC. Non quæ ratio facit, ne ipse sibi obligetur eadem impedire potest, ne alios obligatos habeat: nam ne sibi ipsi obligari possit, non tantùm iuris ratio, sed etiam natura ipsa est impedimento, quæ vult distinctas esse personas debitoris & creditoris *d. l. ne cum filiofamilias l. heres à debitore 21. §. seruo tuo & seq. l. debitori 50. infr. de fideiuss.* at vt alios obligatos habeat, perinde atque haberet alius quilibet, qui cum magistro nauis contraxisset, neque supradicta ratio, neque alia vlla obstat. Ergo si vnus ex exercitoribus cum magistro nauis contraxerit, quamuis cum seipso agere non possit, cum aliis tamen & quidem in solidum agere rectè poterit.

6. PAVLVS libro 6. Breuium.

SI seruus non voluntate domini nauem exercuerit: si sciente eo, quasi tributoria: si ignorante, de peculio actio dabitur.

Ad l. Si seruus 6.

RAT. DVB. Qui scit, nec prohibet, cùm possit, non tantùm velle, sed etiam iubere & mandare intelligitur *vulg. l. qui patitur 18. infr. mandat.* & is tantùm culpa carere dicitur, qui scit quidem, sed prohibere non potest *l. culpa caret 50. de regul. iur.* Ergo si seruus nauem alienam exerceat sciente tantùm & patiente domino, licèt non expressim volente, teneri tamen in solidum debet, non tributoria duntaxat, perinde acsi voluisset & mandasset, ne alioqui sua dissimulatione illos qui cum seruo contrahunt, decipere videatur *l. mulier 11. C. de distract. pign. l. si sine 5. C. ad SC. Velleian.* DEC. Separanda est nuda scientia etiam quæ patientiam coniunctam habeat, à voluntate expressa cuius maiorem potestatem, quàm tacitæ esse rationis est *l. 1. §. licèt autem.* vbi diximus *supr. hoc titul.* vbi separatur institoria actio & tributoria ab exercitoria, & ab actione de peculio. Institoria expressam præpositionem requirit, vt contra eum qui præposuerit in solidum detur *§. eâdem ratione vers. Institoria Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Exercitoria non quidem præpositionem exigit, sed tamen expressam voluntatem: Tributoria verò neque præpositionem, neque voluntatem, sed nudam scientiam, quæ si etiam cum voluntate coniuncta sit, non tamen auget actionem. At de peculio actio neque præpositionem exigit, neque voluntatem, neque scientiam, quia & minore damno dominum adficit. Ergo non est generaliter verum, eum qui scit, & patitur videri mandare aut iubere. Id enim quoties fit, non nisi per interpretationem & fictionem aliquam fit, cui tamen in proposito tractatu locus nullus est, quia verbis edicti inseruiendum est, quæ scientem & patientem à volente distinxerunt *dict. §. licèt autem.* magisque ad delicta quàm ad contractus pertinet supradicta iuris regula, quæ negat culpa eum carere, qui scit, & non prohibet, cùm prohibere possit, vt & locus ille Poëtæ Senecæ ostēdit in Troade *Non patiar, in me culpa cunctorum redit, Qui nō vetat peccare cùm possit iubet.* Alia enim causa est contrahendi, alia delinquendi, vt vidimus in *l. 1. §. 1. supr.* Iunge *l. si seruus 42. infr. de furt.* Rursus alia longè causa est domini huius, qui à seruo suo nauem exerceri scit, & patitur alia eius qui sua dissimulatione id agit, vt decipiat creditorem, vt in *dict. l. mulier.*



Non enim nisi à seipso decipitur, qui tam incautus est, vt cum seruo nauem exercente contracturus non inquirat diligentiùs, an domini voluntate nauem exerceat, an non cùm sciat aut scire debeat, non aliter posse dominum ex hac causa obligari in solidum, quàm si domini voluntate nauem exerceat, ideoque cautius negotiari debuit, vt ait *l.2.C.de furt.* At creditor qui à debitore pignus accepit, præsente ac dissimulante eo, qui vel eius rei dominus sit, vel anteriore iure obligatam eam habeat, decipitur sine dubio, subdola ista creditoris dissimulatione, quia neque illam rem accepturus fuisset pignori, quæ aliena esset, neque eam quæ alteri iam obligata, & quæ debito vtrique ex soluendo sufficiens, non fuisset *dict. l. mulier l. & quæ nondum 15. §. vltim. infr. de pignor. l. 4. §. quæsitum est 12. infr. de doli mal. except. l. Titius 9. in princip. & §. 1. l. Paulus 12. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Cætera quæ circa tractatum hunc addi possent, latè prosecuti fuimus ad *l. Caius 39. supr. tit. prox.*

1 ¶ Si communis seruus voluntate dominorum exerceat nauem, in singulos dari debebit in solidum actio.

Ad §. 1. Si communis seruus.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad *§. sed si seruus plurium l. 4. supr. hoc tit.* Est enim vtriusque loci eadem sententia, quæ tamen à Paulo clariùs hîc exprimitur, quàm ibi ab Vlpiano, si communis seruus voluntate dominorũ suorũ omnium nauẽ exerceat, in singulos actionẽ exercitoriã dari in solidũ debere.

7. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

LVcius Titius Stichum magistrum nauis præposuit, is pecuniam mutuatus, cauit se in refectionem nauis eam accepisse, quæsitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quàm si creditor probaret, pecuniam in refectionem nauis esse consumptam? respondit, creditorem vtiliter acturum, si, cùm pecunia crederetur, nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet. etenim, non oportere creditorem ad hoc adstringi, vt ipse reficiendæ nauis curam suscipiat, & negotium domini gerat: (quod certè futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse) ita illud exigendum, vt sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit præpositus, quod certè aliter fieri non potest, quàm si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse, quare etsi in ea causa fuerit nauis, vt refici deberet: multo tamen maior pecunia credita fuerit, quàm ad eam rem esset necessaria: non debere in solidum aduersus dominum nauis actionem dari.

Ad l. Lucius Titius vlt.

RAT. DVB. Sufficere videtur ad dominum exercitoria actione obligandum, vt magister nauis dixerit creditori, se in refectionem nauis mutuam pecuniam accipere, licèt ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, vt ex Ofilio Pedio & Vlpiano scriptum est in *l. 1. §. vnde quærit Ofilius supr. hoc tit.* Quid enim creditoris interest, an re vera nauis indigeat refectione, an non? Et si quid in ea re sit dolo malo magistri, an non æquiùs est imputari exercitori, qui talem magistrum præposuit, *dict. l. 1. §. cuius autem. & dict. §. vnde quærit*, quàm creditori, qui etiamsi magistrum mentiri sciat, dissimulare tamen debet, vel ob hoc ipsum ne curiosus videatur *l. doli 19. ad fin. infr. de nouat.* Ergo si magister nauis cauerit se in refectionem nauis mutuam pecuniam accepisse, securus est creditor, vt exercitoriam contra dominum eundemque exercitorem habere omnimodo debeat, non solùm etiamsi pecunia in alios vsus impensa sit, sed etiamsi nauis in ea causa non fuerit, vt refectione vlla indigeret: alioqui ex creditore faciemus eum procuratorem exercitoris, si cogatur, & an nauis aliqua & quanta refectione indigeat, & an in nauis refectionem pecunia consumatur, inquirere, quod certè fuerit perabsurdum.

DEC. Equidem non oportet creditorem ad hoc adstringi, vt reficiendæ nauis curam suscipiat, & negotium domini gerat, quod certè futurum esset, si necesse haberet probare pecuniam in refectionem erogatam esse, sed tamen non vsque adeò negligenter tractare rem debet is, qui pecuniam credit magistro dicenti se mutuam accipere ad refectionem nauis, vt non debeat scire in illam rem se credere, cui rei magister præpositus sit. Hoc verò non aliter sanè fieri potest, quàm si illud quoque scierit, necessariam esse refectioni pecuniam: non enim magister quomodolibet contrahendo exercitorem obligat, sed eius rei tantùm nomine cui ille præpositus fuit *l. 1. §. non autem supr. hoc tit.* cui consequens est, vt tametsi in ea causa fuerit nauis vt refici deberet, multò tamen maior pecunia credita fuerit, quàm esset in eam rem necessaria, non debeat tamen in dominum nauis actio in solidum dari, sed tantum pro portione eius pecuniæ quæ in eam rem fuit necessaria, vt eadem iuris ratio sit in toto quæ in parte, & in parte quæ in toto *vulg. l. quæ de tota 76. de rei vindic.* Itaque placet quod hîc notat Cuiacius ei, qui credidit ad reficiendam nauim consideranda hæc esse, vt nominatim mutuet magistro pecuniam ad refectionem nauis, vt nauis in ea causa sit, vt necessariò refici debeat, ne plus quàm necessarium sit credat, & vt magister in

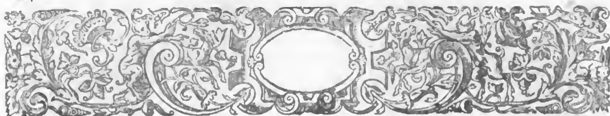
gister in eam rem præpositus sit, in quam creditum est, & ex hoc vltimo tria reliqua proficiscuntur, vt diximus. Nec ideò vereri debet creditor, ne nimium curiosus esse existimetur. Id enim facit qualitas & condicio eius personæ, cum qua contrahit, quemadmodum & qui contrahit cum minore, & qui cum ciuitate, & qui cum muliere se obligante cum alio. His enim casibus diligentior esse debet creditor, vt non tantùm inquirat, an ex personæ iustam contrahendi causam habeant, sed etiam curet quantum facere potest, vt in rem vel minoris, vel ciuitatis, vel mulieris pecunia vertatur, vt habere possit repetitionem *l. vtere 14. Cod. de præd. minor. l. si fundus 13. §. quamquam infr. eod. ill. tit. l. patri 27. §. 1. & seq. supr. de minor. l. 2. Cod. si aduers. credit. l. ciuitas 27. de reb. cred. l. vir vxori 17. in princip. & §. 1. infr. ad Senatusconsultum Velleian. l. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers.*

1 ¶ Interdum autem illud æstimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit. quid enim (inquit) si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? & in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere præstare. Eadem fere dicenda sunt[a], & si de institoria actione quæratur. nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendæ seruus sit præpositus: & sufficere, si in hoc crediderit: non etiam illud exigendum, vt ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Ad §. 1. Interdum autem.

Eadem ratio dubitandi & decidendi est ad hunc versiculum, quæ ad sententiam præcedentem. Ferè enim est, vt procurator vel negotiorum gêstor, exercitoris fiat creditor, si magistro nauis pecuniam ad velum comparandum petente cogatur inquirere, an in ea prouincia velum aliquod sit, quod comparari possit, videturque hoc sufficere debere, vt nauis velo indigeat: sed non ita est, non enim cogitur creditor, aut velum comparare, aut valde curare, an ex pecunia ad velum comparandum credita, velum comparatum sit. Sed cùm cogatur inquirere, an velo nauis indigeat, illud quoque inquirendum ei est, an in ea prouincia, in qua ad id pecunia creditur, velum comparari possit. Quid enim prodest inquirere, an velum sit necessarium in eamque rem pecuniam credere, si ea prouincia sit, in qua velum comparari omnino non possit? Ergo in summa aliquam diligentiam in ea re præstare creditorem oportet, non tamen omnem, nec validè magnam.

a *Eadem ferè dicenda sunt.* RAT. DVB. Institoria actione is demùm tenetur, qui institorem præposuit *§. eadem ratione versic. Institoria quod cum eo qui in alien. potest. est.* Ergo creditor qui agit institoria, nihil aliud curandum, aut probandum habet, nisi quòd cum eo qui præpositus fuit, contraxerit, non etiam vtrum necessaria fuerit comparatio mercis cui emendæ seruus præpositus sit. DEC. Illud commune est institoriæ actioni cum exercitoria, quod neutra competit, nisi pecunia credita sit in eam rem, cui siue magister, siue institor præpositus fuit, nisi quod nulla etiam facta præpositione exercitoria locum habere potest, si quis voluntate exercitoris nauē erexerit *l. 1. § non autem & § licèt autem*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo quemadmodum in actione exercitoria necesse est creditorem scire in eam rem se pecuniam credere magistro, cui rei magister præpositus fuit: quod porrò non aliter scire potest, quàm si etiam sciat nauem refectione indigere, ita & in institoria fatendum est, non aliter dari eam debere, quàm si is qui cum institore contrahit alicuius mercis nomine, sciat, institorem ei merci comparandæ præpositum esse: hoc verò scire non potest, nisi frustrà, quin sciat etiam esse necessariam mercis comparationem, cui emendæ seruus præpositus fuerit. Ergo in institore quoque institoria agere volente hoc ipsum requiremus, quod in exercitore necessarium esse diximus. Planè sufficiet in hoc creditam esse pecuniam: nec illud etiam exigemus, vt curam ipse suscipiat erogandæ in hanc ipsam rem pecuniæ, quia nec cogendus est, vt eius qui institorem præposuit, negotia gerat. Proinde non tantùm exercitoria actio excipienda est ab illa regula, quæ improbat creditoris curiositatem, *d. l. doli § vlt. de nouat.* sed etiam institoria, & aliæ de quibus suprà diximus: sanè non tā facilè permittendum fuit magistro nauis, aut institori, siue seruus esset, siue liber homo, vt vel dominum vel alium etiam à quo præpositus esset in solidum omnimodo, ac indistinctè obligaret; ne in eius potestate esset deteriorem facere præponentis condicionem etiam aduersus formā præpositionis, quod certè iniquum esset *d. l. 1. § non autem & § igitur præpositio supr. hoc tit. l. sed si pupillus 11. § condicio autem infr. de instit. act.*



DE LEGE RHODIA DE IACTV.

TIT. II.

PAVLVS libro 2. Sententiarum.

LEge Rhodia cauetur, vt, si leuandæ nauis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

Ad l.1. Lege Rhodia.

POST tractatum De exercitoria actione commodissimè subiicitur Titulus hic *de leg. Rhod. de iact.* quia plerunque ad conseruationem nauium, & ad periculũ præsens euitandum imminentis naufragij, necesse est proiici merces in mare, leuandæ nauis gratia, quæ res innumeras lites excitaret, non tantùm inter nauigantes & magistros, itemq; exercitores nauium, sed etiam inter eos maximè quorum merces fuissent, nisi lege Rhodia de iactu prospectum fuisset, qua cautum est, vt si leuãdæ nauis gratia mercium iactus factus est, omniũ contributione sarciatur damnum, quod pro omnibus datum est. Sic enim lego apud Paulũ in hac lege, adiecta dictione *damnum*, quæ nec deesse integro sensu, nec suppleri commodè potest.

RAT. DVB. Cùm leuandæ nauis gratia mercium iactus factus est, videntur nauigantes & domini mercium, qui in naue fuerunt, eas voluisse merces perdere, eoque veluti precio salutem suam periclitantem redimere: denique tanti habuisse mercibus, illis carere, vt in *l.4.§.1.sup.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Et quamuis coacti hoc fecerint, maluisse tamen videntur, vt in *l.si patre cogente 22.de rit.nupt.* Quid enim est, quod contemplatione & comparatione salutis certo modo æstimari possit? *l.pen. in fin. infr.de donat.* nec dubitamus quin etiam coacta voluntas sit voluntas *l.si mulier 21.§.vlt.supr.quod met.cauſ.l.si patre cogente 22.infr.de rit.nupt.* Sibi ergo imputent, qui id voluerunt, & quibus nulla proinde iniuria facta videri potest *l.in diem 9.§.1.de aqua & aquæ pluu.arcend.* adeoque nec damnum vllum sentire videntur, quod si non ex culpa saltem non nisi ex voluntate sua sentiunt. Quis enim maiorem illam vim & planè diuinam, quam Græci θείαν vocant, præstare debeat? *l. si merces 25.§.vis maior l. ex conducto 15.§.si vis tempestatis inf.locat.l.contractus 23.in fin.l.quod quis 203.de regul.iur.*

DEC. Quemadmodum periculum commune est omnium, qui in eadem naue iniquis fluctibus agitata periclitantur. Ita & pro communi omnium salute auxilium commune fuit comparandum, vt quia naues quò magis oneratæ sunt, eò citiùs ac faciliùs in profundum demerguntur, ita mercium earum iactu quæ magis onerant, leuandæ naui atque ita conseruandæ prospiceretur. Quo facto, si nauis appulerit (nam si demersa sit nullus quæstioni locus relinquitur, cùm non possint videri merces iactæ in mare eius nauis leuandæ causa, quæ periit *l.4.§.1.in fin. infr.*) annon æquum est, commune damnum communi omnium contributione sarciri, quod pro omnibus datum est? Annon etiam voluntas illa, & cogitatio fuit omnium, qui aut in naue fuerunt, aut merces suas in mare proiecerunt? Nec enim id primò ac per se egerunt, vt mercium damnum incurrerent, adeoque nec vt merces illas pro derelicto haberent *l.2.§.vlt.l.qui leuandæ 8.infr.* sed vt communi omnium saluti conseruata naue prospicerent, & vexatam fluctibus nauem leui iactura defenderent, vt loquitur *l.4.C.Theodoſ.hoc tit.* Nec enim cuiusquam magnum damnum esse potest, quod à multis communi omnium contributione sarcitur, & multo leuius fit onus, quod fertur à pluribus *l.3.§.antep.de muner.& honor.l.ita vulneratus 51.in fin.ad leg.Aquil.* Aut quis iudex propitiis auribus eum audiat, qui magistro nauis aliisque vectoribus imputare velit, cur non periclitari ac submergi nauem passi sint potiùs quàm merces in mare proiici, vt querelæ causam hodie nullam haberent? *arg.l.si extraneus 33.& l.cùm in fundo 78.§.quod si mulier infr.de iur.dot.* Æquissimè igitur lata est lex Rhodia, vt post superatum commune periculum leuata naue communi etiam omnium damno subleuando prouideret.

2. IDEM libro 34. ad Edictum.

SI, laborante naue, iactus factus est: amissarum mercium domini, si merces vehendas locauerant, ex locato cum magistro nauis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces saluæ sunt, ex conducto, vt detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Seruius quidem respondit, ex locaro age-

locato agere cum magiſtro nauis debere, vt ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præſtent. Immo, etſi retineat [b] merces magiſter, vltrò ex locato habiturus eſt actionem cum vectoribus: quid enim, ſi vectores ſint, qui nullas ſarcinas habeant? plane commodius eſt, ſi ſint, retinere eas [c]. At, ſi non totam nauem conduxerit, ex conducto aget: [d] ſicut vectores, qui loca in nauem conduxerunt: æquiſſimum enim eſt, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amiſſas res aliorũ conſecuti ſunt, vt merces ſuas ſaluas haberent.

Ad l. 2. ſi laborante.

Rat. dvb. Cũ laborãte naue, iactus merciũ in mare factus eſt, nihil imputari poteſt magiſtro nauis, qui neque nauis, neque nauigantium ſaluti aliter aut melius proſpicere potuit. Ergo permittẽdũ non eſt amiſſarũ merciũ dominis, qui merces vehendas locauerant, vt ex locato cũ magiſtro agant, ne ex eo quod ipſe ritè rectéq. ac permittẽte lege Rhodia fecerit, cõueniatur, & inquietetur *arg l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Nec .n. quod indemnitatẽ à cæteris poſtea cõſecuturus ſit onerare illũ debet, cũ id plerũque in dubio incertóque euẽtu poſitum ſit, vt in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* & nemo ideo cõdemnandus ſit, aut obligandus quod poſtea ſit repetiturus *l. nemo ideo 171. de reg. iur.* quia cuiuſlibet intereſt, nõ ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere *l. 3. de compenſ. et l. ſi ſtipulatus 15. in princip. de fideiuſ.* Dec. Illi quorũ merces ad leuãdam nauẽ in mare proiectæ ſunt, nullã eo nomine actionem habere poſſunt aduerſus cæteros, quorũ ſimul cũ naue merces ſaluæ factæ fuerunt. Nullus .n. ſiue contractus, ſiue quaſi cõtractus habitus eſt, neq; rurſus delictũ vllũ ab iis admiſſum, non ob id ſolùm quod delinquẽdi animus nullus fuerit *l. qui iniuria 53. infr. de furt.* ſed etiã quia ad magiſtrũ nauis ſolũ pertinet, vt in mare merces proiiciat, vel à nautis proiici iubeat. Id enim eſt, magiſtrũ nauis eſſe. Ergo vt qui damnũ ſenſerũt indẽnitatis partem aliquam ab aliis quorũ merces ſaluæ sũt, cõſequantur, hic rei gerendę agendique ordo eſſe neceſſario debet, vt merciũ iactarum domini qui merces ſuas vehendas locauerant magiſtro, agãt cũ eo ex locato, deinde ipſe ex cõducto cũ reliquis quorũ merces ſaluę ſunt, vt damnũ & detrimentũ omne pro portione cõmunicetur. Ita fit vt omnibus optimè ac ſecũdum iuris ordinẽ conſulatur. Omnia enim ex iuris ordine facienda ſunt, quantum fieri poteſt *l. cùm vnus in princ. de reb. author. iudic. poſſid.* Itaque nõ tam agitur cum magiſtro, vt codẽnetur rectà, quàm vt cogatur agere cõtra alios ex conducto vt in *l. Iulianus 13. §. pen. de act. empt. l. cũ in plures 60. §. meſſem infr. locat. l. ſi ſic legatũ 75. §. vl. de legat. 1. l. 2. §. idem Labeo 28. ad fin. infr. ne quid in loc. publ.* & expreſſiùs *in §. penu. huius legis*, quod ſi nolit agere, tùm verò condemnetur. Sed in his tamen caſibus omnibus ſi malit, is contra quem agitur actionem ſuam præſtare quàm ipſe agere, audiendus eſt, *ex reg. l. quod debetur 51. in fin. infr. de pecul.*

a *Seruius quidẽ reſpõdit.* Nouum quoq; & mirũ hoc agendi genus eſt cõtra te, non vt cũ alio agas, quemadmodũ in ſuperiore caſu, ſed vt quod ex alieno habes retineas. Rat. dvb. Neq; agere, neq; retinere quiſquã cogitur *l. vnic. Cod. vt nem. inuit. agere vel accuſ. cog.* & nos latiꝰ probauimus in *Error. 1. decad. 51. de error. pragmat.* in interpretatione *l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* & liberum cuiq; eſt, actiones quas haber remittere *l. quaritur 14. §. ſi venditor infr. de ædilit. edict.* & ſimiliter retẽtiones ſi quib. vti poſſet, omittere *l ſi in area 33. in fin. ſupr. de cond. indeb. l. hæres 21. ad SC. Treb.* Ergo nõ eſt danda actio cũ magiſtro, vt cogatur ille vel cũ reliquis agere quorum merces ſaluæ ſunt, aut eorũ merces retinere, quoadúſq; portionẽ dãni prę̃ſtiterint. Dec. Nemo aut actione aut retẽtione ſibi cõpetẽte vti inuitus cogitur neceſſitate præciſa, ſed tantũ cauſatiua, id eſt, niſi malit in pecunia ſoluere id cuius nomine cõuenitur. Non .n. malitiis indulgendũ eſt, neq; permittendum tibi vt actionem tuã remittas, vel retentionẽ omittas, nõ tam vt ei proſis cõtra quẽ actio & retentio illa tibi cõpetit, quã vt ei noceas, qui ex actione vel retẽtione illa iuſtũ cõmodũ debitámq; indẽnitatẽ cõſecuturus eſſet *arg. l. in fundo 38. ſupr. de rei vendic.* Cũq; obligationes & actiones omnes ad hoc cõparatæ ſint, vt quiſq; acquirat ſibi ꝙ ſua intereſt. *l. ſtipulatio iſta 38 §. alteri de verb oblig* Obligatio autẽ ciuilis quęlibet ſit iuris vinculũ quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluẽdę aut faciẽdæ gratia, vt Iuſtinianus in *Inſtit.* diffinit, cõſequens certè eſt, vt qui indẽnitatẽ præſtare obligatus eſt iis, quorum merces iactu perierũt, ſiue agẽdo cõtra alios quorũ naues ſaluæ ſunt, ſiue retinẽdo, nõ poſſit eã exuere obligationem, niſi malit ipſe de ſuo ſoluere & ſatisfacere. Sunt .n. hoc ſenſu iudicia omnia abſolutoria *§. vlt. inſt. de perpet. & tempor. act.* Eſt autẽ lõgè cõmodius, & expeditius magiſtro nauis, itémq; miſeris dominis amiſſarũ merciũ, vt magiſter per earũ quę ſaluę ſunt, retentionẽ ſibi cõſulat, quã vt per actionẽ. Eſt .n. facilior ſẽper poſſidẽti retẽtio *l. 1. in princ. infr. de pign.* plúſque cautionis in re quã in perſona, vt habet vulgata iuris regula 25.

b *Immo etſi retineat.* Legẽdũ omnino eſt addita negatione, *etſi nõ retineat*, vt ſequẽtia illa oſtendũt, *quid .n. ſi vectores ſint qui nullas ſarcinas habeant?* Et quod ſtatim ſubiicitur, *planè cõmodius eſt, ſi ſint, retinere eas.* Sẽſus autem eſt, Nõ tantũ retentionẽ hoc caſu magiſtro cõpetere, ſed etiã vltro actionem, vt priuſquã agãt ipſi & merces ſuas repoſcãt, conueniri à magiſtro poſſint, ad cõtributionẽ faciendã pro communi dãno ſarciẽdo, nec ſimilẽ illũ eſſe iis qui retẽtiones, quas ſolas habẽt, omittũt, quib. exinde alio remedio cõſuli nullo poteſt *d. l. ſi in area 33. de condict. indeb. d. l. hæres 21.* ſi modo legas *ſimilẽ non eſſe*, non vt vulgo *ſimilem eũ eſſe*, ſecundũ ea quæ in Chyliade noſtra ſcripſimus. Et certè abſurdũ eſt dari vltro actionem ei qui iã per retentionem indẽnitati ſuæ proſpexerit, cũ iã nihil eius interſit, nec ſit probus qui bis idẽ velit cõſequi prę̃ſertim ab eodem *l ſi quis dolo 51. in fin de re iudic. vulg. l. bona fides 57. de reg. iur.* Rat. dvb. Qui id quod poterat retinere, maluit reddere, videtur debitũ illud omne remiſiſſe, pro quo poterat retinere. Ergo ſibi debet imputare, nec permittendum ei eſt, vt vltro poſſit agere. Dec. Omiſſa retẽtio nõ tollit actionẽ alioqui cõpetentẽ, cuius exercẽdæ potiùs neceſſitatem inducit, ſi qua modo cõpetat, neq; verò qui pignus pro debito datũ ꝙ retinere poterat maluit reſtituere, condictione certi ex mutuo aut ex ſtipulatione, aut alia actione ſibi cõpetente debitũ petere prohibetur *l. 3 ſupr. de pact.* Nõ eſt igitur bona conſecutio vt qui retentionẽ omiſit, agere poſteà nõ poſſit. Planè qui rẽtiones quas ſolas habent omittũt, debiti ſui iacturã culpa ſua faciũt. Euenit tamẽ plerũque ei ex variis cauſis, vt retẽtionis quidẽ ius cõpetat, ſed tamẽ nihil ſit, ꝙ retineatur, vt & in actionibus accidit tã ſæpe, vt quis iuſtam actionem habeat cõtra debitorẽ, ſed quam debitoris inopia eludat *l. nam is 6. ſupr. de dolo.* Itẽque in prętorio pignore vt creditor ius habeat poſſidẽdi bona debitoris ex edicto, inque bonorũ poſſeſſionẽ eius miſſus ſit decreto prætoris, & tamen nihil ſit in bonis, quod ſine cõtrouerſia poſſideatur *l quamuis 13. infr. de reb. author. iudi. poſſid.* His certè caſib. nihil eſt quod imputare poſſis ei, qui nihil retinuit, quia nec habuit, quod retineret. An igitur & ideo agere prohibẽdus erit. Etſi .n. cõmodior eſt retentio, cũ nõ deeſt quod retineri poſſit, ſi tamẽ nihil ſit quod retineatur, tanto magis actio dãda eſt, & quidẽ vltrò, id eſt non in ſubſidium deficientis retentionis, ſed rectà & primariò Idque eſt, ni fallor, quod Paulus inſinuat ea interrogatione, *quid enim ſi vectores ſint, qui nullas ſarcinas habeant?*

c *Plane cõmodius eſt, ſi ſint, retinere eas.* Rat. dvb. Etiã pro retẽtione nõ minùs quã pro actione litigatur. Ergo parũ aut nihil intereſt, an per retẽtionẽ ſibi quis cõſulat, an per actionem, cum neutro caſu litis incommoda damnáque effugiat.

Dec. Meliore cõditione pro retẽtione quã pro actione litigatur: quia cũ is qui retinere vult poſſideat, poſſeſſionis & rei nõ actoris partib. fũgitur, nec proinde probationibus vllis oneratur, quomodo is qui petitoris partes ſuſtinet, *l. ſi priuſquã is in fin. infr. de oper. noui nunciat.* Ideóque vincit facilius, nõ ſolũ quia actore nõ probante reus abſoluẽdus eſt, etiãſi nihil præſtiterit *l. 4. Co. de edẽd.* ſed etiã quia quiſquis poſſidet hoc ipſo quid poſſidet plus iuris habet quã qui nõ poſſidet *l. 2. infr. vti poſſid.* Neque verò tantũ vincit faciliùs qui retinet, quàm qui petit, ſed etiã ſi quid obſcuriùs eſt in iure petẽdi, aut retinendi, faciliùs eſt, vt detur poſſidẽti retẽtio, quã vt non poſſidẽti actio *d. l. 1. in princ. de pig.* Ratio autẽ dandę in hoc caſu nõ tantũ retẽtionis, ſed etiã actionis magiſtro nauis aduerſus illos, quorũ merces ſaluæ ſunt, ex euidenti illa æquitate proficiſcitur, quã Paulus hîc eleganter exprimit, quod æquiſſimũ ſit commune detrimentum fieri eorum, qui propter amiſſas res aliorum conſecuti ſunt, vt ſuas ſaluas haberent.

d *At ſi non totã nauem cõduxerit, ex conducto aget.* Benè Iacob. Cuiacius locũ hunc emendauit & ex Baſilicis ita reſtituit *lib. 3. obſer. c. 2. & lib. 21. c. 22. At ſi non totã nauem conduxe-*

rius ex conducto agent, ſcilicet domini amiſſarũ merciũ quos prius dixerat agere debere cum magiſtro ex locato, quia ſuas merces ei vehẽdas locauerãt, tota naue in eam rẽ conducta. Sed ſi nõ totã nauẽ, ſed partẽ dũtaxat nauis conduxerint, nõ poſſunt agere ex locato, quia non tam merces ſuas locaſſe hoc caſu videtur vehẽdas, cũ nec eas vehere magiſter debuerit, niſi reliqua etiã totã ſnaui locata: ſicut & qui loca in naue cõduxerunt vectores ſine mercibus, nihil quoq. locaſſe videri poſſunt, ſed tantũ eam partẽ nauis conduxiſſe, quæ loca eorum continet. Vno igitur, caſu id eſt conducta tota naue ab his qui ſuas merces tranſuehendas locauerunt, actio ex locato competit: alio autem caſu ſi non tota nauis à dominis amiſſarum mercium conducta eſt, ex conducto agendum eſt cum magiſtro, ſed vtriuſque actionis idẽ erit effectus vt magiſter ab iis cõuẽtus actione ex cõducto cogatur agere cũ reliquis, ſed actione ex locato vt dãni partẽ pręſtent, ſi nihil ſit ex eorũ mercib. quod magiſter retinere aut poſſit, aut velit. Atque ita mihi locus hic exponendus eſſe videtur: niſi malis, quod malo, verba illa *non totam* delere, & eam interpretationem probare quam adferemus ad *§. cũ in eadẽ 2. infr.*

1 ¶ Si conſeruatis mercibus deterior facta ſit nauis, aut ſi quid exarmauerit: nulla faciẽda eſt collatio: quia diſſimilis earum rerum cauſa ſit, quæ nauis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. nam & ſi faber incudem, aut malleum fregerit: non imputaretur ei, qui locauerit opus: ſed ſi voluntate vectorum, vel propter aliquem metum id detrimentum factum ſit: hoc ipſum ſarciri oportet.

Ad §. 1. Si conſeruatis.

RAT. DVB. Non debet eſſe deterior cauſa nauis & earum rerum omnium, quæ nauis armandæ aut aliter inſtruendæ cauſa paratæ ſunt, quàm mercium pro quibus magiſter nauis mercedem acceperit, cùm non niſi ſalua naue potuerint merces conſeruari: videturque lex Rhodia de iactu id ſenſiſſe, vt magiſtri nauis perinde atque aliorum indemnitati conſuleretur. Ergo ſi qua in re deterior facta ſit nauis conſeruatis mercibus, non debent domini conſeruatarum mercium recuſare, quominus id quoque detrimentum communi contributione ſarciant, ne durior alioqui ſit condicio magiſtri & domini nauis, quàm ſit vectorum, puta ſi quid nauis exarmauerit, id eſt, armamẽtis ſpoliauerit, cùm amiſſis vectorũ mercibus etiam dominus nauis pro portione cõferre debeat, vt ſubijcitur in §. *ſeq.*

DEC. Diſſimilis cauſa eſt earum rerum, quæ nauis cauſa parantur, & earum pro quibus magiſter mercedem acceperit, quæ prioris generis ſunt magiſtri, ac domini periculo ſunt, qui pro eo incommodo exigit mercedem. Nec enim fieri poteſt, vt non ipſo etiam vſu nauis deterior fiat, ſicut & res cæteræ: id nempe eſt nauem exercere. Ergo quemadmodum, ſi faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui opus locaſſet: ita neque earum rerum nomine in quibus nauis deterior facta eſt collatio vlla fieri debet, niſi, vt Paulus bene ſubiicit, voluntate vectorum & propter metum aliquem id detrimentum factum ſit. Hoc enim caſu ipſum quoque ſarciri æquum eſt *l. prox. & l. amiſſæ 5. §. 1. infr.* Fit enim commune damnum quod omnium voluntate datum eſt. Lex autem Rhodia id demum ſarceri damnum voluit, & commune fieri quod omnium voluntate & pro omnium ſalute datum eſſet, vt ſcriptum eſt in fine principij huius legis.

2 Cùm in eadem naue varia mercium genera complures mercatores coëgiſſent: prætereáque multi vectores ſerui, liberíque in ea nauigarent: tempeſtate graui orta, neceſſariò iactura facta erat. Quæſita deinde ſunt hæc: an omnes iacturam præſtare oporteat, ſi qui tales merces impoſuiſſent, quibus nauis non oneraretur, velut gemmas, margaritas: & quæ portio præſtanda eſt: & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri poſſit. Placuit, omnes, quorum interfuiſſet iacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum obſeruatæ res deberent. itaque dominum etiam nauis pro portione obligatum eſſe. Iacturæ ſummam pro rerum pretio diſtribui oportet. Corporum liberorum æſtimationem nullam fieri poſſe. Ex conducto dominos rerum amiſſarum cum magiſtro acturos. Itidẽ agitatũ eſt [a], an etiam veſtimentorum cuiuſq;, & anulorum æſtimationem fieri oporteat & omnium viſum eſt: niſi ſi qua conſumendi cauſa impoſita foret [b]: quo in numero eſſent cibaria: eo magis quòd, ſi quando ea defecerint in nauigationem: quod quiſque haberet, in commune conferret.

Ad §. 2. Cùm in eadem naue.

Proponũtur in hoc §. omnes ferè quæſtiones, quæ circa interpretationem legis Rhodiæ de iactu poſſunt incidere, quæ quatuor his potiſſimum capitibus continentur. Primum eſt, an nauis iacturam neceſſariam, quæ per iactum facta erat, præſtare omnes mercatores oporteret, etiam eos qui tales merces naui impoſuiſſent, quibus illa nullo modo oneraretur, puta gemmas & margaritas: Secundum eſt, quænam portio præſtanda eſſet ab omnibus qui collationi & contributioni ſunt obnoxij: Tertium eſt, an etiam pro liberis capitibus, quæ in naue erant aliquid dare oporteret: Quartũ & poſtremum, quanam actione expediri ea res poſſet. Ad primam quæſtionem Paulus reſpondet omnes quorum interfuiſſet iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum conſeruatæ res deberent, ac proinde illos etiã qui nõ niſi gemmas, & margaritas naui impoſuiſſent: itaq; dominum etiam nauis quæ cõſeruata eſſet, pro portione obligatum eſſe. Ad ſecundam, iacturæ ſummam pro rerum quę in naue fuerunt, & cõſeruatæ ſunt, pro portione diſtribui oportere. Ad tertiam corporum liberorum æſtimationem nullam fieri poſſe. Ad quartã, actione ex conducto dominos rerũ amiſſarum cum nauta, id eſt, cum magiſtro, agere debere. Quod ad quæſtionem primam attinet, ratio dubitandi illa erat, quod lex Rhodia de iactu de iis nominatim mercibus locuta ſit, quæ nauis leuandę gratia in mare iactæ ſint. Ergo de iis tantùm quibus onerata erat nauis vt leuari eam oporteret, non de gemmis & margaritis quarum onus nullum aut certè tam exiguum eſt, vt nullum videri poſſit, *l. 1. ſupr.*

l. 1. supr. sed decidendi ratio illa est, quod etiam eorum mercatorum, qui non alias merces quàm gemmas & margaritas naui imposuerant, interfuit iactu aliarum mercium conseruatam esse nauem, quæ si perijsset, non tantùm gemmas suas & margaritas, sed seipsos quoque amisissent. Aequissimum ergo est detrimentum, quod eorum, qui merces suas amiserunt, proprium ab initio fuit cõmune fieri omnium, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent, vt scriptum est in principio huius legis *versic. æquissimum.* Quæ ratio facit, vt dominus quoque nauis conferre debeat, quia & ipsius interfuit iacturam fieri, vt salua esset nauis ex cuius naufragio longè maius damnũ fuisset passurus. Ad secundam quæstionem Ratio dubitandi erat, quia maior ponderis, quàm æstimationis mercium naui impositarum ratio habẽda videretur, cùm eæ merces, quæ fuerũt maioris ponderis, ideoque magis nauem onerarunt, maius quoque periculum submergendæ nauis attulerint, maiorémq; leuandæ nauis & iactus faciendi occasionẽ præbuerint: sed iam diximus, interfuisse omnium iacturam illam fieri, vt cæteræ merces saluæ essent. Tanti verò interest, quanti merces illæ sunt, quæ quo preciosiores fuerunt, maiorisque precij, licèt minoris ponderis, tanto magis dominorum interfuit saluas eas esse: præsertim cùm ex earum conseruatione lucrum hoc domini sentiant, quòd eas fortasse vendituri sint longè maiore precio, quàm æstimatæ sint, quamuis æstimari eas oporteat, non quanti emptæ sunt, sed quanto pluris venire possunt: quod in rebus amissis diuersum est, in quibus æstimandis non quanto pluris venire potuerint, spectatur, sed quanti emptæ fuerint, quia detrimenti tantùm non etiam lucri fit præstatio, vt eleganter scriptum est in *§. portio autem 4. infr.* Ad tertiam, Ratio dubitandi erat, quòd corpora liberorũ hominum, qui in eadem naui erant, perinde salua facta sunt ac merces, & nauem perinde onerabant, quæ iactu mercium leuanda fuit? Quidni ergo etiã pro seipsis conferre aliquid debeant? Cùm præsertim sæpe accidat, vt propter homines improbos & sceleratos, qui in naue sunt, tempestas oriatur, quique ideò ipsi potiùs in mare proijciendi essent, vt de se Ionas Propheta dicebat. At propter merces numquam, sed decidendi ratio est, quia corporum liberorum nulla potest fieri æstimatio, *l. 3. supr. si quadrup. pauper. feciss. dicat. l. 1. §. si cùm liber. & l. vlt. de his qui effud. vel deiec.* In proposito autem non nisi pro precio & æstimatione rerum, quæ in naue fuerunt, tam quæ amissæ, quàm quæ saluæ sunt, collatio fieri potest: ergo nihil pro liberis hominibus conferendum est, quia nec dici posset, quid pro eorum capitibus & salute, quæ inæstimabilis est, conferri oporteret *l. pen. in fin. infr. de donat.* maximè cùm hominum qui in naue sunt potissimum conseruandorum causa iactum fieri necesse sit, quorum gratia, & merces, & cæteræ res omnes à natura comparatæ sunt *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Neque verò prudentes nostri Ethnici, ac pagani ferè omnes, causas istas tempestatum & procellarum, quas fides nostra verissimè peccatis adscribit, agnouerunt: quas tamen, etiamsi agnouissent, nihilo magis æstimationem vllam liberi corporis facere potuissent. Ad quartã & postremam quæstionem, dubitandi Ratio ex eo sumenda est, quod initio huius legis idem Paulus noster scribit, dominos mercium amissarum, si merces vehendas locauerant, ex locato agere debere cũ magistro, cum quo tamen hîc scribit acturos eos ex conducto: sed hoc quomodo & cum qua distinctione accipiendum sit, iam explicauimus ad finẽ principij huius legis in versic. *at si nõ totam.* nisi quis malit dicere, quod ex hoc §. probabili⁹ fortasse fuerit, corruptũ esse locũ illũ & sublata negatione, licèt in Basilicis quoq; sit ita legẽdũ, *at si totã nauẽ cõduxerint*, aut sublata etiã dictione, *totã*, *at si nauẽ conduxerint*, vt distinguendũ sit, an merciũ amissarũ domini merces suas vehendas locauerint, nõ cõducta naui: an verò nauẽ & quidẽ totã conduxerint priore casu actione ex locato agere illos cũ magistro nauis debere, quia nulla fuit cõductio, sed tãtũ locatio: Posteriore verò agẽdũ esse ex conducto, quoniã nauis cõducta est, quæ pro parte cõduci nõ potest, & quã si quis nolit cõducere, ne nimio sumptu ac grauiore mercede se oneret, solet ac debet merces suas vehẽdas locare, & ita ex locato, nõ ex cõducto agere: nõ enim tota naue vtũtur, qui merces suas vehẽdas locãt: in quo vidẽtur cõuenire cũ iis vectorib. qui nullis onerati sarcinis loca tãtũ in quib. stẽt aut sedeãt, cõducunt: sed in eo tamẽ differũt, quod nihil habẽt quod locẽt, sed cõductores tãtùm sũt, nõ locatores. Ideóq; Paulus eos bene æquiparat illis, qui nauem cõduxerunt, vt actionẽ ex cõducto habeãt, nõ illis qui merces suas vehẽdas locauerũt; quod nõ intellexit, malus quisquis ille fuit interpres, qui verba illa *non totã*, ob id solũ adiecisse videtur, quod æquiparari cerneret casum hunc nauis conductæ cum illo quo vectores quædam duntaxat loca in naue conduxerint, atque ita non totam nauem.

a *Itidẽ agitatũ est.* RAT. DVB. Vestimẽta & annuli qui in digitis gestãtur, nõ nisi accessiones sunt corporũ, & quidẽ necessariæ, ergo nõ magis in æstimationẽ & collationẽ venire debent, quã corpora ipsa libera, quorũ æstimationẽ diximus fieri nullã posse, præsertim cùm nec imputari quicquã possit iis, qui in naue fuerũt, cur eã eiusmodi vestimẽtis & annulis gestatoriis onerauerint: nã nec harũ rerũ nomine vectura vlla debetur, quia cæterarũ locationi accedũt *l. 4. in fin. supr. naut. caupon. stabul.* DEC. Collatio & cõtributio fieri debet pro portione ęstimationis rerũ omniũ, quæ in naue fuerunt, tã quæ amissę, quàm quæ saluæ sunt *§. portio 4. infr.* Scilicet si commodã ęstimationẽ recipiãt, ne ipsa quoq; liberorũ hominũ capita cõprehẽdamus. Atqui vestimẽta cuiusque & annuli gestatorij suã quoq; habent, nec valde difficilem æstimationem. Ergo horum quoque omnium æstimationẽ & proportione æstimationis collationem fieri æquissimum est.

b *Nisi si qua cõsumẽdi causa imposita forẽt.* RAT. DVB. Etiã illa quæ cõsumẽdi causa naui imposita sunt, vt cibaria suã habẽt æstimationẽ, nõ minùs quã vestimẽta & annuli, de quib. modò diximus. Ergo eorũ quoq; æstimatio fieri debet, & collatio pro parte æstimationis. DEC. Quæcunq; cõsumendi causa naui imposita sunt, pręsertim verò cibaria, cõmuni lucro & cõmodo omniũ qui in naui sũt, imposita esse cẽsentur, & cõsequẽter à munere & onere collationis huius sunt & esse debent immunia. Eo magis quòd etiamsi consumpta fuissent, & in nauigatione defecissent, quod quisque nauigantium habuisset id, in cõmune cõferre debuisset. Ex eo igitur intelligimus non posse dominos, qui merces suas in mare proiectas amiserunt, conqueri, cur eorum merces potiùs, quàm cibaria in mare proiectæ sint ad leuandam nauem. Nec onere collationis fungi eas res æquum esse, quæ si deessent, communi omnium nauigantium contributione essent reparandæ.

3 ¶ Si nauis à piratis redempta sit: Seruius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, aiunt. quod verò prædones abstulerint, eum perdere, cuius res fuerint: [a] nec conferendum ei, qui suas merces redemerit. [b]

Ad §. 3. Si nauis.

RAT. DVB. Lex Rhodia de iactu non ad hunc casum pertinet, quo nauis quæ in piratarum manus incidit, ab iis redempta est, sed ad illum duntaxat quo leuandæ & saluandæ nauis gratia merces in mare iactæ sunt, vt constat ex *l. 1. supr.* Ergo nulla hoc casu fieri collatio debet. DEC. Ratio legis Rhodiæ de iactu & æquitas collationis æquè in hac specie locum habet, atque si nauis leuandæ & saluandæ gratia merces in mare proijci necesse fuisset: Quid enim referr, an Piratarum incursu nauis pereat, an naufragio? Aut an perdita redimatur, an ne tota perdatur pars mercium in mare proijciatur? An denique merces in mare iacias, an in piratarum manus pro redimenda naue pecuniam proijcias? Imò si verum amamus, hoc posteriore casu quo nauis certo precio à piratis redempta sit, maior subest ratio æquitatis ad inducendam contributionem, quia hoc casu fieri potest, vt non modò nauis quæ redempta est, tota salua sit, sed etiam merces omnes quæ in naue fuerunt: quod tamen iactu facto fieri nunquam potest. Ergo bene Seruius, & Ofilius, & Labeo ad hunc quoque casum legẽ Rhodiã de iactu porrexerunt, iúsque optima ratione cõstitutum optima interpretatione auxerunt. In quo maximè prudentum nostrorum & officium & auctoritas versatur *l. neque leges 10. cum trib. seq. supr. de legib.* Debẽt igitur quotquot in naue fuerunt, & merces habuerunt, pro redemptę nauis precio cõferre, pro portione æstimationis rerum quæ in naue fuerunt, præterquàm quæ ex iis à prædonibus & piratis ablatę atque ita deperditę proponantur, vt sequitur in textu.

a *Quod verò prædones abstulerint, eum perdere, cuius res fuerint.* RAT. DVB. Ex lege Rhodia de iactu fit collatio ex iis quidem etiam rebus quę saluę sunt, sed vt earum quę iactu amissę sunt, damnum sarciatur *l. 1. supr.* Ergo & in proposita specie cùm nauis à piratis redempta est, earum quoque mercium quas prædones abstulerunt, damnum sarciri ab aliis debet, quorum res saluę sunt, vt in omnibus lex Rhodia de iactu ad hunc casum tanquam similem protrahatur. DECIS. Lex quę de vno tantùm casu locuta est, ad alium quoque trahi potest & debet, vt diximus, in quo par sit ratio iuris & æquitatis, at quatenus paritas & similitudo rationis in vtroque casu patitur, non quatenus dissimilitudo & diuersitas aliqua est. Atqui proposita species de naue à piratis redempta, sicuti simile illud habet cum naue, quę per iactum mercium salua facta est, quod suprà diximus. Ita & illud dissimile, quod iactis mercibus factum est propter amissas res aliorum, vt reliqui suas merces saluas habuerint: quæ res collationis communis æquitatem inducit, vt scriptum est in fine principij huius legis. At cùm nauis à piraris redempta est, qui merces suas saluas habent, quòd alij suas perdiderint, sed quia nauis redempta est. Redemptum porrò videri non potest, quod prædones abstulerunt. Nihil igitur est quod meliùs aut æquiùs dici possit, quàm vt earum rerum quæ à piratis ablatę sunt, damnum esse illorum debeat, cuius res fuerunt. Cui enim iustiùs perire res potest, quàm domino? *l. quæ fortuitu 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus. 23. in fin. de regul. iur.*

b *Nec conferendum ei qui merces suas redemerit.* RAT. DVB. Collatio facienda est pro portione æstimationis rerum omnium, quæ in naue fuerunt, nec minùs earum quæ amissæ, quàm quæ saluæ sunt, vt subijcitur in *§. seq.* Ergo etiam pro iis mercibus quę à prędonibus ablatę sunt, conferendum est ab iis, quorum res illæ fuerunt in precium redemptæ nauis. DEC. Iniquum est ad collationem compelli pro ablatis mercibus eum cui proco damno nihil conferre velint illi, qui res suas redemerunt. Cùm enim damnum earum hac ratione totum ad ipsum pertineat, duplici damno adficeretur, si & res ablatas in solidum amitteret, & præterea pro iis ipsis rebus aliquid conferre illi, qui suas merces redemit, cogeretur, atque ita afflicto daretur noua afflictio contra naturalem æquitatem *l. iure succursum 6. infr. de iur. dot.* Quod in casu legis Rhodiæ de iactu diuersum est, in quo amissarum quoque rerum nomine collatio fit à domino, qui eas amisit, quoniam & qui saluas suas res habent, ei cõferunt, vt amissarũ rerum damnum pro sua parte sarciant, nec habent, quod conquerantur, qui commune detrimentum fieri vident, quod alioqui proprium ipsorum esse deberet. Denique damnum amissarum rerum collationis consortio sarciri debet, vt loquitur Hermogenianus in *l. amissæ 5. infr.* Et nomen ipsum collationis sonat mutuum onus esse debere. Denique cùm id, quod ablatum est, redemptum non sit, vt proximè diximus, nihil causæ est, cur in redemptionem nauis conferre quis debeat pro rebus, quæ non redemptæ: sed perditæ sunt, sicuti nec causa vlla est, cur ei hoc nomine conferatur.

4 ¶ Portio autem pro æstimatione rerum, quæ saluæ sunt, & earum, quæ amissæ sunt, præstari solet. nec ad rem pertinet, si hæ, quæ amissæ sunt, pluris venire poterant: [a] quoniam detrimenti, non lucri, fit præstatio. sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debeat haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.

Ad §. 4. Portio autem.

RAT. DVB. Rerum amissarum æstimatio præsens nulla fieri potest, & qui eas amisit, iam satis magnum in earum amissione damnum patitur, nec præterea cogendus est etiam illarum rerum nomine quas amisit aliquid conferre, ne afflicto detur afflictio, vt proximè dicebamus ex *l. iure succursum 6. de iur. dot.* DEC. Conferri oportet ab his omnibus quorum interest eam iacturam factam esse *§. cùm in eadem naue 2. supr.* Atqui interest etiam illorum, qui merces suas in mare iactas amiserunt, qui alioquin & ipsi quoque cum suis mercibus & cum naue periissent. Ergo & pro amissis mercibus conferre eos oportet. At non ita tamen vt vltra res amissas aliquid præstent, per quod fiant pauperiores, sed vt ex communi illa contribu-

tione

tione, quæ pro damno farciendo facienda est minùs percipiant. Nam & eo modo plerunque collatio fit etiam bonorum, id est, imputando & minùs percipiendo, vt in *l. 1. §. sed si tantùm infr. de collat. bonor. l. dotis 5. Cod. eod. tit. de collat.* Ita fit, vt pars tantùm damni, eáque interdum minima penes eum remaneat, cuius res amissæ sunt, penes quem totum damnũ, si collatio nulla fieret, remaneret. Æstimãtur autem res amissæ, non quanti sunt eo tempore, quo iam amissæ sunt, ne alioqui ad nihilum redigatur æstimatio, cùm post amissionem nullius amplius sint æstimationis *arg. l. 3. supr. de condict. tritic.* sed quanti emptæ probabuntur, ad differentiam earum quæ saluæ sunt, quas æstimari oportet, quanti venire possunt, vt sequitur in textu.

a *Nec ad rem pertinet si hæ quæ amissæ sunt pluris venire poterant.* Rat. dvb. Tanti magnæque res esse intelligitur, quanti vendi potest *l. si seruus 14. in fine princip. supr. de condict. furt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Et tanti cuiusque interest non modò quantum ei abest, sed etiam quantũ lucrari potuit *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber. l. 2. in fin. supr. de eo quod cert. loc.* Ergo etiam res quæ amissæ sunt, perinde atque illæ quas iactus saluas fecit, æstimari debent, non quãti emptæ sunt, sed quanto pluris venire potuerunt, alioqui non videbitur plenè farciri damnum, quod amissarum rerum domini ex earum iactura passi sunt.

Dec. In collatione quam lex Rhodia de iactu fieri imperauit, detrimenti tantùm, non etiam lucri fit præstatio. Satis enim abundéque dominis amissarum mercium esse debet, quod ex earum iactura nullũ damnũ sentiant, nisi quantũ sentirent, si alienæ merces fuissent, id est, detracto eo quod illi ipsi pro sua parte conferunt. Quæ collatio tantò minor est, quantò minoris amissæ res æstimantur. At è contrario saluas merces æstimamus, non formali earum precio, quomodo Vlpianus loquitur in *l. in lege Falcidia 62. §. 1. ad leg. Falcid.* id est, quanti emptæ & venditæ sunt, sed quanto pluris venire possunt, non vt dominis earum mercium faueamus, sed vt iis potiùs qui suas amiserunt, & pro quorum indemnitate collatio fit, vt tanto plus hi conferant, maioréque collatione onerentur, in solatium miserorum, qui iacturam passi sunt. Nam neque ea res adeò damnosa est iis qui conferunt, vt magnam querelæ occasionem habeant, cùm felicitati debeant potiùs adscribere, quod res suas saluas habent, & quarum æstimatio possit adhuc crescere, licèt tanti æstimatæ sint, quanti venire præsenti tempore inspecto possunt, si fortè postea, quod facilè potest contingere, mercium eius generis æstimatio augeatur *l. 3. de eo quod cert. loc.*

5 ¶ Seruorum quoque qui in mari perierunt, non magis æstimatio facienda est, quàm si qui ægri in naue decesserint, aut aliqui sese præcitauerint.

Ad §. 5. Seruorum quoque.

Rat. dvb. Etiam seruorum qui in mari perierunt, aliqua æstimatio est, ea scilicet quæ fuit, priusquàm perirent sumpto mortis tempore ἀπὸ κοινοῦ, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. supr. de condict. tritic.* Atqui etiam amissarum mercium æstimatio facienda est, vt sciatur quantum ad farciendum damnum pro portione æstimationis cõtribui debeat ab his qui merces suas amiserunt, vt proximè dictum est in *§. praeced.* Ergo etiam seruorum qui in mari perierunt æstimatio facienda est.

Dec. Earum demùm mercium amissarum æstimatio facienda est, quæ ideò amissæ sunt, quod in mare proiectæ sint leuandæ nauis gratia: cùm tota contributionis huius æquitas ex eo pendeat, quòd æquissimum sit commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas aliorum res consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent, vt scriptum est in fine principij huius legis. Atqui serui, quos ponimus in mari periisse eo tempore, quo nauis laborabat, non ideò perierunt quòd in mare proiecti sint ad leuandam nauem (nec enim proiiciuntur homines in mare, sed merces hominum conseruandorũ gratia, vt diximus ad *§. cùm in eadem naue supr.*) nec ideò reliquorum res saluæ factæ sunt quòd serui perierint, quorum opera quantò grauior tempestas fuit, tantò magis ad saluandam nauem fuit necessaria. Nulla igitur ratio est, vt aliqua eorum fiat æstimatio non magis quàm si ipsi ægri in naue decessissent, aut aliqui ex iis sese præcipitassent.

6 ¶ Si quis ex vectoribus soluendo non sit: hoc detrimentum magistri nauis non erit. nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet.

Ad §. 6. Si quis ex vectoribus.

Rat. dvb. Domini qui merces suas amiserunt, per iactum factum in mare habent eo nomine actionẽ cum magistro nauis, aut ex locato si merces suas vehendas tantùm locauerãt, non etiã nauẽ conduxerãt, aut ex cõducto, si cõduxerant nauẽ hac ipsa lege in *princip. & §. cũ in eadẽ naue supr.* Magister autem nauis postmodũ agere debet cõtra reliquos, quorũ res saluæ factæ sunt, vt detrimentum aliorũ proportione cõmunicetur. Proinde si quis ex aliis soluẽdo nõ sit, putà ex vectorib. qui nec sarcinas nullas habeat, dãnũ magistri esse debet, aut exercitoris qui ex facto & cõtractu magistri tenetur, nõ eorum qui merces suas amiserunt, quiq; ob eã causam iam satis magno damno & incommodo adficiũtur: cui enim potius nocere velis inopiam debitoris, quã creditori, cuius actio ob eam rem inutilis efficitur? *l. nam is 6. de dolo.* Atqui vectoris, qui soluendo non est, creditores non sunt illi, qui merces suas amiserunt, quandoquidem nullam cum eo actionem habet, sed magister nauis, quem & nautam Paulus hîc vocat, vt & in *d. §. cùm in eadem naue*, quamuis & nautæ dicantur qui sub magistri cura in eadem naue sunt eius regendæ gratia *l. 1. §. sed si cum quolibet supr. tit. prox.* Quid ergo ad amissarum mercium dominos pertinet, an vectores omnes soluendo sint, an nõ? Dec. Non debet magister nauis fortunas & facultates cuiusque vectoris & aliorum, qui nauem ingrediuntur excutere. Non solùm ne nauigaturis longior mora fiat, sed etiam quòd qui nauigaturi veniunt plerunque sint magistro incogniti, & ex tam longinquis partibus, vt etiamsi maximè de ipsorum fortunis & facultatibus inquirere magister vellet, attamen non posset. Impossibilium autem nulla est obligatio, vt habet regula iuris 18. Ergo si quis ex vectoribus soluendo non sit detrimentum magistri nauis esse non debet, sed cõmune omniũ qui in naue fuerunt, & qui ex lege Rhodia in contributionẽ vocantur. Quod enim actio cõtra eũ solũ datur iis qui merces suas amiserũt, ipsi verò magistro cõtra vectores & reliquos, nõ ideò fit, vt periculo suo magister & agat & conueniatur, sed quia

ex iuris ordine ita faciendum necessariò est, vt damnum communicetur, cùm possit etiam liberari præstando actionem, ex regula *l. quod debetur 51. in fin. inf. de pecul.* vti diximus ad initium huius legis.

7 ¶ Si res, quæ iactæ sunt, apparuerint: exoneratur collatio, quòd si iam contributio facta sit: tunc hi, qui soluerunt, agent ex locato cum magistro: vt is ex conducto experiatur, &, quod exegerit, reddat.

Ad §. 7. Si res.

Prima sententia huius §. nullam omnino recipit dubitandi rationem. Quis enim non fateatur exonerari debere collationem, si res quæ in mare iactæ sunt, apparuerint, cùm eo casu nec amissæ videri possint, quia nimirum pro derelicto habitæ nunquam fuerunt, vt subiicitur in *§. prox. & in l. qui leuandæ 8. infr. l. qua ratione 9. §. vltim. infr. de acquir. rer. domin.* nisi iactæ sint ab eo, qui certò credidit perituras, quod aliquando accidit *l. falsus creditor 43. §. penult. infr. de furt.* Quo tamen etiam casu dicendum est exonerari collationem, si merces iactæ sic appareant, vt tamen nemo velit eas suas dicere. Tunc enim distinctio illa locum habet, cùm is qui eas inuenit retinere vult, quasi suas & lucrandi animo, vt in specie *d. l. falsus §. pen.* vbi quæritur an actio furti eo casu locum habeat. Sed quod subiicitur, si iam contributio facta sit, tunc eos qui soluerunt, agere ex locato debere cum magistro, vt is ex conducto experiatur, cum eo qui exegerit, vt quod exegit, reddat, dubitationem aliquam habere videtur, cùm nihil imputari possit magistro, propter quod cum eo agi debeat, æquiusque videatur dari rectà actionem iis qui soluerunt contra dominum amissarũ mercium, qui accepit solutionem, circuitus nimirum vitandi gratia, vt in *l. dominus testamento 53. de condict. indeb.* & ne inquietetur magister, qui nec promisit quicquam nec accepit. Sed respondendũ est, quod iam diximus ad finem *§. praeced.* non ideo agi cum magistro, vt inquietetur, aut aliquo incommodo afficiatur, sed vt seruato iuris ordine omnibus consulatur. Denique si conuentus ille, quia actionem habet, contra eum qui solutionem accepit, malit actionem illam præstare, quàm eius exercendæ molestia, sumptuque se onerare, potest id facere, ex *reg. l. quod debetur 51. in fin. infr. de pecul. l. si quid possessor 31. in fine princip. sup. de hered. petit.* Porrò qui rerum suarum quasi amissarum nomine iam solutionem per contributionis auxilium amiserat, recusare non potest, quominùs id omne quod exegerit restituat siue magistro ipsi, à quo conueniatur, siue iis qui soluerunt, quia licèt ab initio debitum fuerit, & quidem ab iis ipsis qui soluerunt, ex postfacto tamen recuperatis mercibus, quæ amissæ credebantur, incipit fieri indebitum: ideoque & condictione indebiti posset repeti, ne alioqui ex aliena iactura locupletaretur is, cui non alia de causa solutum fuerat, quàm ne in damno moraretur. Neque audiendus est, si dicat, nihil interesse eorum qui iam per contributionem soluerunt, an merces posteà repertæ sint, an amissæ manserint. Cùm iis repertis cesset ratio quæ soluendi necessitatem iniunxerat, nec vllo colore solutum retineri possit, quod nullo iure soluendum fuit. Quod verò Paulus hîc scribit agendum esse ex locato cũ magistro. Intellige si vectores merces suas vehendas locauerint, vt in principio huius legis non etiãsi nauẽ conduxerint: tũ enim ex conducto agere debent, secundũ ea quæ diximus in *§. cùm in eadẽ sup.*

8 ¶ Res autem iacta domini manet, nec fit apprehendentis: quia pro derelicto non habetur.

Ad §. vlt. Res autem iactæ.

RAT. DVB. Plerunque credendum est, eum qui merces suas iacit in mare, licèt nauis leuandæ causa, derelinquentis animo id facere, cùm sciat perituras, & spes eas recuperandi aut nulla, aut certè non nisi perexigua sit *l. falsus creditor 43. §. pen. infr. de furt. iunct. l. euictus 35. de euict.* Et sanè res nostræ statim atque in manu & potestate nostra esse desierunt, tamdiu duntaxat nostræ manent, quandiu difficilis non est earum persecutio *§. apium quoque 14. vers. examen quoque Instit. de rer. diuis.* Alioquin occupantis fiunt *l. naturalem 5. §. examen de acquir. rer. domin.* Ergo non est verũ quod hîc Paulus scribit, res iactas domini manere, nec fieri adprehendentis, quia pro derelicto non habeantur. Alioqui cur non oneramus dominum amissarum mercium, qui petit ex lege Rhodia contributionem, vt si res illa tandem aliquando apparuerit, reddat ipse quicquid contributionis nomine acceperit, vt in *l. item si cùm 14. §. quid si homo supr. quod met. caus. l. si à bonæ fidei 21. in fin. supr. de rei vindic. iunct. §. prox. praeced. huius legis.* DEC. Alia causa est earum rerum, quæ pro derelicto habentur; alia verò earum, quæ in maris tempestate leuãdæ nauis gratia eiiciuntur, quia non eo animo eiiciuntur, quòd quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa naue periculum maris effugiat *l. qua ratione 9. §. vlt. infr. de acquir. rer. domin. l. qui leuandæ 8. infr. hoc tit.* vbi Iulianus addit dominos ita merces suas in mare proiicere, quasi ablaturos si eas inuenerint, aut si suspicati fuerint, in quem locum eiectæ sint requisituros. Et perinde esse, ac si quis onere pressus in viã rem abiecerit, mox cum aliis reuersurus, vt easdem auferat. Manent igitur domini & consequenter non fiunt adprehẽdentis, & primi occupantis. Id enim proprium est earum rerum, quæ aut in cuiusquã dominio nunquam fuerunt, aut à domino habitæ sunt pro derelicto: aut si feræ bestiæ fuerunt, vt in *d. §. examen.* pro derelicto haberi incipiũt, statim atque in naturalem suam laxitatem & libertatẽ ita peruenerunt, vt nostram persecutionẽ effugerint, aut etiam difficilem fecerint *l. Põponius 44. de acquir. rer. domin.* Dominium siquidẽ ferarum bestiarũ sicut difficilius acquiritur, ita faciliùs amittitur. Alioquin id quod nostrũ fuit, tãdiu nostrũ manet, quandiu recuperari potest, licèt recuperandi spes ferè abscissa sit, vt in specie *d. l. Põponius,* nemo enim credendus est pro derelicto habere res suas voluisse, quãdiu in eo sunt, vt quãuis nõ nisi casu, recuperari possint, siue ꝙ nemo suũ iactare præsumatur *l. cũ de indebito 25. de probat.* siue ꝙ vt alio vulgari nostrorũ iactatur brocardico, nemo in necessitatib⁹ liberalis existat, ex *l. rẽ alienã 28. de adim. legat.* Deniq; ex eo ꝙ mera faciẽdi necessitate fit, nũquã coniectura volũtatis sumi potest, quia necessitas nõ habet voluntatẽ, vt mirũ sit Vlp. in *d. l. falsus creditor 43. §. pen. de furt.* contrà scripsisse. Plerũq; credendũ eum esse, qui nauis leuãdæ causa merces suas in mare proiicit derelinquentis animo id facere, nec eũ qui eas occupauerit,

occupauerit, quasi suas furti teneri, cùm tamen idem Vlp. *in d. l. Pomponius*, probet sententiam Pomponij, qui scripserat etsi naufragio quid amissum sit, non statim id nostrum esse desinere, adeóque quadrupli teneri eum qui illas rapuerit: nisi quis pro Vlpiano respondeat, aliud esse de iis rebus loqui, quæ amissæ sint per naufragium: aliud verò de iis quæ à domino ipso iactæ sint in mare. Quæ enim per naufragium simpliciter amissæ sunt & expulsæ non possunt videri derelictæ, sed potius deperditæ, nec in derelicto sunt, sed in deperdito, vt Iauolenus loquitur *in l. interdum* 21. §. 1. *de acquir. poss.* cùm in iis amittẽdis nullum domini factum interuenerit; quod vtique necessarium est, vt res pro derelicto habita dici possit § *pen. Instit. de rer. diuis. l. si id quod* 5. §. 1. *infr. pro derelict.* Nec enim dominium nuda voluntate amitti vnquam potest *l. si quis vi* 17. §. *differentia de acquir. poss.* Et certè ita est, sed non inde fit, vt merces in mare iactæ eò magis pro derelicto haberi debeãt, aut vt pro derelicto vsucapi possint, si eidem Iuliano credimus in *l. penult. infr. pro derelict.* vt enim rẽ suam pro derelicto quis habeat, nõ satis est, quòd eã proiecerit, nisi abiecerit *d. §. penu. & vlt. Inst. de rer. diui.* aliud namq; est proiicere, aliud abiicere. Nec omnimodo vera est illa Vlpiani ratio in *d. § pen.* quòd is qui merces illas in mare proiecit, sciuerit perituras. Quomodo enim scire potuit si accidit aliquãdo, licèt rariùs vt recuperentur? Fateor spem recuperãdi penè abscissam esse, nisi in promptu sint vrinatores qui extrahant, vt in *l. 4. §. 1. infrà.* Ideoque nec onerandum esse dominum cui pro amissis mercibus contributio fit, vt caueat se quod exegerit restituturum, si merces recuperari contigerit: quasi ea spes contra spem sit, & quia iniquum esset dominũ post amissas fortunas & res suas fortasse vniuersas, præterea incommodo cautionis affici *arg. l. tutelas* 7. §. *vlt. supr. de capit. minut. l. hac stipulatio* 14. *in fin. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Sed tamen ei qui iam omnia amiserit, spem quoque eripi, esset proculdubio inhumanum. Est enim spes vnicum quamuis miserrimum in afflictione solatiũ, &, vt quidam dicebat, nihil nisi paullo plus quàm nihil. Planè si proponas dominum cùm merces suas leuandæ nauis gratia in mare iaceret, palàm dixisse habere se illas pro derelicto, admittam facilè Vlpiani sententiam in *d. § pen.* vt merces illæ tanquã pro derelicto habitæ fiant primi occupantis, nec furtum committat ille, qui eas, vt suas faceret, adprehenderit. Sed id neque facile accidit, neque in dubio accidisse credendum est, vt Vlpianus voluit: sed probandum & quidem apertissimis probationibus, si Iuliano, Paulo & Caio, itémque Iustiniano in §. *vlt. Instit. de rer. diuis.* magis credere volumus, quã Vlpiano, cui satis esse debuit dicere aliquando accidere quod ille dicit; plerumque credendum esse accidisse, quamuis extra hunc casum aliquid in mare proiicere nil aliud sit quã idipsum velle perdere *l. Mauius* 55. *de cond. & demonst. l. quidã* 27. *infr. de cõd. inst.*

3. PAPINIANVS libro 19. Responsorum.

CVm arbor, aut aliud nauis instrumentum, remouendi communis periculi causa, deiectum est, contributio debetur.

Ad l. cùm arbor 3.

RAT. DVB. Dissimilis causa est, earum rerum quæ nauis instruendæ causa parantur, & earum pro quibus vehendis merces datur. Nam si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, deiecta fortassis arbore aut alio nauis instrumento, nulla eo nomine facienda est collatio, sicuti si faber malleum aut incudem fregerit, non imputatur ei qui opus locauerit *l. prox. §. 1. supr.* Ergo nulla hoc nomine contributio debetur. DEC. Multum refert an arbor, aut aliud quodlibet nauis instrumentum deiectum sit vi tempestatis; an verò ex voluntate vectorum communis periculi remouendi causa, quomodo Papinianus hîc loquitur, id est, vt nauis liberari posset cum mercibus, vt Hermogenianus in *l. amissæ* 5. §. 1. *infr.* Priore casu contributio nulla debetur, sed posteriore æquitas contributionis locum habet, vt iam diximus ad *d. §. 1. l. prox. supr.* Vtramque verò distinctionis huius partem Paulus eleganter sic exprimit *lib. 2. sentent. tit. 7. §. 3.* Naue vel arbore vi tempestatis amissa, vectores ad contributionem non tenentur, nisi ipsis arborem salutis causa eruentibus nauis salua sit.

4. CALLISTRATVS libro 2. Quæstionum.

NAuis onustæ leuandæ causa, (quia intrare flumen, vel portum non poterat cum onere) si quædam merces in scapham traiectæ sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio, vel portu, eáq; scapha summersa est: ratio haberi debet, inter eos, qui in naue merces saluas habent, cum his, qui in scapha perdiderunt, proinde tanquam si iactura facta esset. idque Sabinus quoque libro secundo Responsorum probat. Contrà si scapha cum parte mercium salua est a nauis perit: ratio haberi non debet eorum, qui in naue perdiderunt: quia iactus in tributum naue salua, venit.

Ad l. Nauis onusta 4.

RAT. DVB. Non debet fieri contributio, nisi cùm iactura facta est, id est cùm ex iactu mercium in mare damnum illatum fuit. Atqui cùm nauis onustæ leuandæ causa, quod flumen vel portum intrare non posset cum onere, quædam merces in scapham traiectæ sunt, ne aut extra flumen aut in o-

ostio & portu ipso periclitarentur, & scapha submersa est, verum est tamen iacturam nullam factam esse. Ergo neque contributio vlla fieri debet inter eos, qui merces in naue saluas habent, & eos qui suas in scapha perdiderunt. DEC. Eadem æquitas contributionis faciendæ hoc casu locum habet, quæ haberet, si iactus earum mercium amissarum in mare factus esset, quia æquè verum est propter amissas merces istorum, qui eas in scapha perdiderunt, nauem saluam factam esse, quæ alioqui sine manifesto periculo flumē intrare, aut portum appellere non potuisset *l.2.in princip.vers.æquissimum. supr.* Is namque præcipuus scapharum, &, vt alij vocant, baldaium vsus est, vt ab iis cuncta nauis commercia ad litus portentur, vt Gothofredus noster hîc notat ex Isidoro *lib.19.Etymolog.cap.1.* Benè igitur Sabinus, quem Callistratus hîc sententiæ huius authorem laudat, contributioni hoc quoque casu debere locum esse respondit. Vbi enim eadem iuris & æquitatis ratio locum habet, ibi & ius, idem cōstituendum est, cùm dissimilitudinis ratio reddi nō potest *l.illud 32.supr.ad l. Aquil.l.3.§ vnde etiam infrà de iniust.rupt.l.prox.§.1.inf.§.eâdem ratione in fin.inst. Quod cum eo. leg. à Titio 108. in fine principij de verborum oblig.*

a *Contrà si scapha cum parte mercium salua est.* RAT. DVB. Nemo debet in aliena causa iniquum putare, quod in sua æquum putet *l.1.& tot.tit. quod quisque iur.* Et quemadmodum nō debet quisquam id petere, cuius contrarium in contrarium euentu non fuerat postulaturus *l.pen.C.de solut.l.si pater puellæ 12.C.de inoff.testa.* ita nec id recusare quod in contrarium casum fuerat petiturus. Atqui si salua naui scapha periisset domini mercium in scapha amissarum statim contributionis æquitatem aduersus dominos saluarum in merce nauium implorassent, nec iniustè, vt proximè diximus. Ergo si è contrario salua scapha nauis perierit, non debent domini mercium quæ in scapham traiectæ sunt, eam contributionem recusare.

DEC. Iactus non venit in tributum ex lege Rhodia, nisi cùm nauis salua est. Hic autem ponimus nauem periisse: ergo de contributione tractari nihil potest. Nam neque nauis periit propter merces in scapham traiectas, quas è contrario in eam scapham coniectas ponimus, vt nauis tantò faciliùs salua fieret, ac sine periculo portum appelleret. Estque casus hic longè diuersus à superiore, in quo, vt ostendimus, eadem contributionis æquitas manifestè locum habet, quæ haberet in casu legis Rhodię. Proinde in tanta tàmque aperta rationis diuersitate non potuit, nec debuit, vtroque casu idem ius constitui. Sed tunc tantùm cùm par dubij euentus in vtrumque casum ratio est, vt in *d.l.pen.Co. de solut. & d.l.si pater puellæ 12.C.de inoff.testam.l.1.Cod.de pact.l. de fideicommisso 11.C.de transact.*

1 ¶ Sed si nauis quæ in tempestate, iactu mercium vnius mercatoris, leuata est: in alio loco summersa est: & aliquorum mercatorum merces per vrinatores extractæ sunt data mercede: rationem haberi debere eius: cuius merces in nauigatione, leuādæ nauis causa, iactæ sunt: ab his, qui postea suas per vrinatores seruauerunt, Sabinus æque respondit. Eorum verò, qui ita seruauerunt [a] inuicem rationem haberi non debere ab eo, qui in nauigatione iactum fecit, si quædam ex his mercibus per vrinatores extractæ sunt: eorum enim merces non possunt videri seruandæ nauis causa iactæ esse, quæ periit.

Ad §.1. Sed si nauis.

RAT. DVB. Non possunt videri in mare iactæ merces esse seruandæ eius nauis causa, quæ periit, vt scriptum est in fine huius §. nec pro iactu fit contributio, nisi cùm nauis salua est, vt proximè diximus in *§. præced.* Atqui tùm quoque cùm nauis quæ in tempestate iactu mercium vnius mercatoris leuata est, tandem in alio loco summersa est, & aliquorum mercatorum merces per vrinatores extractæ sunt, data mercede. Verum est, dicere & nauim submersam esse, & merces illas, quæ per vrinatores extractæ sunt, non ideò saluas esse, quòd aliarum iactus antè factus fuerit, sed quia sint extractæ, & quidem data in eam rem mercede. Ergo in facienda contributione nō debet haberi ratio eius, cuius merces in nauigatione leuandæ nauis causa iactæ sunt, nec facienda est earum æstimatio cum aliis mercibus, quæ posteà per vrinatores seruatæ sunt.

DEC. Fieri potest, vt propter iactas in mare merces vnius ex mercatoribus seruata sit nauis, quæ tū alioqui periisset, & quæ tamen postmodum alio loco noua tempestate orta, nouóque casu perierit: quod cùm accidit, non eò minùs rationem haberi oportet earum mercium, quę iactę sunt, quàm si nauis non periisset, quoniam ad æquitatem contributionis huius inducendam sufficit, vt iactus semel nauem saluam fecerit, nec illud etiam exigimus, vt siue in eâdē, siue in alia nauigatione nauis amplius non pereat. Illud planè iniquum esset, vt qui noua tempestate suborta, & tandem summersa naui merces suas amiserūt, in damni prioris communicationem vocarentur, cùm ipsi quoque suarum mercium licèt alio & nouo casu damnum senserint. Illi enim soli vocandi sunt, vt de suo conferant, quorum res saluæ sunt: amissarum verò rerum domini, vt tantò minùs ab aliis consequantur, partémque saltem dāni subeant, quod alioqui subire totum deberent. At si ponas eos qui per naufragium res suas amiserunt, easdem subinde per vrinatores recuperasse, incipit eadem illorum causa esse, quæ esse deberet, si naufragium non fecissent, quo casu non dubitaremus, quin collationis munere fungi deberent. Nec quòd vrinatorum opera & data mercede merces saluas habeant, aliud potest inducere, nisi vt eius quoque mercedis quam dederunt rationem haberi oporteat in ineunda extractarum rerum æstimatione, vt tantò minùs ex suis mercibus saluum fecisse videantur, quantum illud est quod vrinatoribus dederunt, & consequenter tantò minùs pro rerum saluarum precio conferāt iis, quorum merces nauis leuandæ causa vtiliter ac feliciter iactæ fuerant, &

propter

propter quem iactum salua facta nauis, cum reliquis mercibus salua etiam durasset, nisi noua tempestas in alio loco suborta naufragij causam peperisset. Inspiciendum enim est, quid tum fuerit, non quid posteà superuenerit *arg. l. si seruus 31. supr. famil. ercisc.* alio scilicet loco licèt in eadem nauigatione, vt Callistratus hîc ponit, ac proinde alio etiam tempore: alio enim loco nihil fieri potest ab eodem, quod non alio tempore fiat. Hanc verò sententiam quoque Paulus noster *libr. 2. Sentent. tit. 7. §. 2.* exprimit breuiùs & clariùs in hæc verba, *Iactu nauis leuata si perierit extractis aliorum per vrinatores mercibus, eius quoque rationem haberi placuit, qui merces salua naue iactauit.*

a *Eorum verò qui ita seruauerunt.* Id est, per vrinatores. Sensus est, Non quemadmodũ ij quorum res naufragio amissæ per vrinatores saluæ factæ sunt, incidunt in communionem damni, quod passus est ille qui metu prioris naufragij merces suas in mare iecit, vt proximè diximus, ita & hunc contribuere cogendum pro damno quod senserunt reliqui mercatores ex naufragio alibi postea facto, si fortè vrinatores quasdam tantùm res extraxerint, alias verò extrahere non potuerint, quasi pro communi damno communem quoque contributionem fieri oporteat: quod Callistratus negat. Sic enim locum hunc lego & intelligo addita negatione in illis verbis, *Si quædam ex his mercibus per vrinatores extracta non sunt.* Affirmatiua siquidem lectio defendi non potest, cùm iam dictum sit, extractas merces æstimandas esse, vt pro portione æstimationis earum fiat contributio ad farciendum damnum eius, qui merces suas in mare proiecit. Mutat nempe casum & quæstionem Callistratus, si ij quoque qui naufragium passi sunt, non omnes res suas per vrinatores extrahere potuerint, atque ita eas, quę extractæ non sunt, amiserint. An quemadmodum mercatoris, qui prior res suas per iactum amisit, damnum communicatur cum reliquis, qui merces suas etiam ex naufragio posteà facto saluas omnes per vrinatores habuerunt, ita & damnum quod isti ex naufragio sentiunt, eo casu quo non omnes eorum merces, sed quædam tantùm extractæ sint, commune esse debeat illius etiam, cuius merces iactu perierunt. Nec enim sic possis intelligere, quasi is quoque qui in nauigatione iactum fecit, quasdam ex suis mercibus per extractionem ab vrinatoribus factam recuperauerit: nempe non solent, qui nauis leuandæ gratia merces suas in mare iaciunt, curare, vt per vrinatores extrahantur ad eas recuperandas, quas si in naue iterum haberent, iterum quoque proiicerent effugiendi periculi causa. Sed vrinatorum vsus duntaxat est, aut post naufragium, aut cum extra tempestatem preciosum aliquid ex naue in mare cecidit, quod requirere dominus velit. Ergo loquitur Callistratus in hoc quoque versiculo de mercibus naufragio amissis, ac per vrinatores non extractis, aut ex quibus quædam tantùm extractæ sint, non omnes. Quem tamen sensum nulla etiam addita negatione satis exprimit dictio sola *quædam*, si taxatiuè intelligatur, ac si scriptum esset *quædam duntaxat*, aut quod idem esset *non omnes* ad exclusionem aliarum quæ extractę non sint, & vtrouis modo legas mihi satis est, habere sensum negatiuum, licèt adiecta negatio eum faciat lõgè clariorem. Ratio igitur dubitandi ad hunc versiculum illa erat, quod tam qui merces suas leuandæ nauis gratia iecerat, quàm cæteri qui naufragium fecerant, nec suas res omnes recuperare per vrinatores potuerant, sed ex iis quasdam duntaxat, æquè damnum senserant, pro mercibus eidem naui impositis, nec minùs fauorabilis & miserabilis eorum causa esse debebat, qui per naufragium quàm qui per iactum res suas amisissent. Consequés enim videbatur, vt tanquam in pari causa omnium damna communicanda essent, & communi contributione farcienda, nec audiendus esset ille, qui merces suas iécerat, postulans vt pro mercibus per vrinatores extractis, reliqui in contributionem vocarentur, nisi paratus & ipse esset pro mercibus quas vrinatores extrahere non potuissent, inuicem conferre inducto collationis consortio, vt Hermogenianus loquitur in *l. prox. in princip. infr.* Sed decidendi ratio est elegans, quã adfert Callistratus, quòd longè diuersa ratio sit rerũ iactarũ, alia nõ extractarum. Quæ iactæ sunt saluã fecerunt nauẽ, & omnes, quæ in ea erant, merces, etiã illas, quę posteà in alio loco & alia tẽpestate perierũt. At quæ naufragio amissæ nec extractæ sunt, perierũt quidẽ perinde ac illę quę in mare iactę sunt, sed tamen non possunt videri periisse nauis seruandæ causa, quæ & ipsa periit. Atque ita locũ hunc aut legendũ, aut saltẽ intelligendũ esse arbitramur.

2 ¶ Cùm autem iactus de naue factus est, & alicuius res, quæ in naue remanserunt, deteriores factæ sunt: videndum, an conferre cogendum sit: quia non debet duplici damno onerari, & collationis, & quòd res deteriores factæ sunt. sed defendendum est, hunc conferre debere pretio præsente rerum: itaque (verbi gratia) si vicenum merces duorum fuerunt, & alterius aspergine decem esse cœperunt, ille, cuius res integræ sunt pro viginti conferat: hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, deteriores ex qua causa factæ sunt, id est, vtrùm, propter iactũ nudatis rebus damnum secutum est. an verò alia ex causa: veluti quòd alicubi iacebant merces in angulo aliquo, & vnda penetrauit. tunc enim conferre debebit. An ex priore causa, collationis onus pati non debet: quia iactus etiam hunc læsit? ad hæc nunquid, & si aspergine propter iactum res deteriores factæ sunt? sed distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit, in damno, an in collatione, si (verbi gratia) hæ res viginti fuerunt: & collatio quidem facit decem, damnum autem duo, deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat? Quid ergo, si plus in damno erit, quàm in collatione? vt puta decem aureis res deteriores factæ sunt, duo autem

collationis sunt? indubitate vtrumque onus pati non debet. sed hic videamus, num & ipsi conferri oporteat. quid enim interest, iactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim? nam sicut ei, qui perdiderit, subuenitur: ita & ei subueniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere cœperit. hæc ita Papirius Fronto respondit.

Ad §. 2. *Cùm autem iactus.*

RAT. DVB. Non debet quisquam duplici damno onerari *vulg. l. iure succursum 6. infr. de iur. dot.* Atqui cùm iactus de naue factus est, & alicuius res quæ in naue remanserant, deteriores factæ sunt siue aspergine, siue qua alia de causa, si alter ille conferre cogeretur, duplici damno afficeretur, & collationis, & quod res eius factæ deteriores essent: dicendum igitur est, nihil conferre hunc debere. DEC. Æquitas contributionis omnes obligat, quorũ res per iactum saluæ factæ sunt *l. 2. in fine principij supr.* Atqui res huius de quo quærimus, non ob id minùs saluæ factæ sunt, quod sint hodie deteriores: commodiùs enim est rem habere deteriorem, quàm nullam. Ergo & pro rebus factis deterioribus contributio fieri debet? Sed præsenti precio, id est, æstimatis rebus quæ factæ sint deteriores, quanti hodie sunt, non quanti erant, cùm naui imponerentur. Ita fit, vt non duplici damno afficiatur is, qui confert, cùm nihil conferat, nisi detracto precio deteriorationis: nam & deterioratio precium suum habet, scilicet ex comparatione eius temporis, quo melior fuit. Itaque verbi gratia, inquit Callistratus, si merces duorum vicenum fuerunt, id est, singulæ viginti aureorũ, & vnius ex iis merces integræ manserint, alterius verò deteriores factæ sint aspergine (sic enim legendum est ex Haloandro, non vt vulgo, & in Florentinis *asparagine*, vitium enim est quod ex aspersa aqua vel vnda contrahitur) & decem esse cœperint, ille pro viginti conferet, hic pro decem. Subiungit tamen Callistratus adhibendam esse distinctionem. Ex qua causa factæ sint res deteriores, id est, vtrum propter ea quę iacta sunt, damnum acciderit nudatis rebus, quibus alioqui nocere aspergo vndæ non potuisset, an verò alia ex causa. Finge merces iacuisse in angulo aliquo, & vndam penetrasse. Priore casu cessare debet collatio ex parte illius, cuius res per iactum deteriores factæ sunt, cùm & ipsi quoque pro æstimatione deteriorationis conferri oporteat. Quid enim refert, nisi secundum magis & minus, an res meas iactatas amiserim, an propter iactum nudatas (sic enim legendum est, non vt apud Accursium *inundatas*) deteriores habere cœperim? vt in fine huius legis scribit Callistratus, addens, sicut ei qui res suas perdiderit, subuenitur, ita & ei subueniri oportere, qui suas res deteriores ob iactum habere cœperit, atque ita Papirium Frontonem respondisse, scilicet vt non deteriorationis, quæ ob iactum contigit, non minus quàm amissionis damnum communi contributione farciri oporteat: Quod fit, vt diximus, æstimatione rei deterioratæ secundum præsens tempus facta. Cæterum non eo minus de præsenti precio pro rata ęstimationis conferre debebit is, cuius res deteriores etiã ob iactum factæ sunt, quia nec aliud quicquam amisit, nisi quod hodie res suas deteriores habet. At posteriore casu, cùm ex alia quàm iactus causa deterioratio contigit, conferre debet dominus pro portione eius æstimationis, quæ fuit antequàm fierent deteriores. Ita enim concludendum est, si quis huius distinctionis effectum aliquem esse velit: cùm negari non possit, quin priore casu distinctionis, etiam pro rebus deterioratis conferendum sit, quatenus deterioratæ non sunt, id est, vt explicauimus, precio deteriorationis detracto. Id verò quid aliud est quàm quod priùs dixerat Callistratus *precio præsente rerum.* Et verò ratio quæ sequitur in textu hoc ipsum probat in illis verbis, *At ex priore causa, collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc læsit,* siue aspergine, siue quo alio modo res deteriores factæ sint. Hic enim sensus est illius versiculi alioquin subobscuri, *Adhuc nunquid & si aspergine propter iactum res deteriores factæ sunt?* Non enim verum est iactum læsisse hunc cuius res deteriores factæ sunt, nisi quatenus deterioratio æstimari potest, non vltra? Atqui nec illud verum esse potest, alio casu quo nõ propter iactum, sed qua alia de causa deterioratio contigerit, æstimandas res esse quanti fuerunt ante deteriorationẽ. Cùm enim non alia æquitatis ratio contributionis necessitatẽ inducat, quàm quia ob amissas res aliorum alij consecuti sint, vt suas saluas facerent, nemo nõ videt res deterioratas nõ esse domino suo saluas, nisi quatenus deterioratæ nõ sunt, vndecumq; tandem & ex quacumque causa deterioratæ sint, nec aliud ex iactu cõmodum accedere domino rerũ deterioratarũ, quàm quanti eæ sunt iactus tẽpore. Omni ergo casu preciũ rerũ quæ deteriores quoquomodo & ex quacũq; causa factæ sunt, ex præsenti tẽpore æstimãdũ est. Ita fit, vt tota hæc distinctio vel inanis, & inutilis sit, si omnimodo pręsens æstimatio rerũ deterioratarũ spectãda sit, vel iniqua, si sic intelligatur, vt aliquo casu æstimari res deteriorate debeãt, vltra quã faciat præsens earũ preciũ. Hinc nimium moueor, vt totã hãc distinctionẽ ab illis verbis, *Potest tamẽ dici,* adscribã Triboniano potiùs quã Callistrato, cui' & stylus lõgè elegãtior, & respõsa multò doctiora fuerũt, & subtiliora. Me etiã non parũ mouet, quod sequitur in versic. *Sed distinctio subtilior adhibẽda est, quid plus sit, in dãno, an in collatione.* Quæ tamen secũda distinctio tantũ abest, vt sit subtilior, vt nec defendi vlla ratione possit. Nã si plus in collatione sit, quã in dãno, constat, ꝙ nec Tribonianus negat, collationẽ nõ eo minùs fieri debere, sed detracto tamẽ dãno, vt proximè diximus. At cùm plus in dãno est quàm in collatione, stulta quæstio est, an collationis onus pati debeat, cùm detrahi damnum semper necesse sit, antequàm collatio fiat. Illa tantùm quæstio occurrit, an ei quoque conferendum sit cuius res deteriores factæ sunt. In qua quæstione placet illa certè distinctio, quam ex Papirio Frontone Tribonianus desumpsit, an ob iactum factæ sint deteriores, an ex qua alia causa, vt priore casu ei quoque conferri oporteat, non aliter, quàm si per iactum res in totum periissent. Nam & quod sit deterius, ex parte perit, posteriore verò non item. Neq; dubito, quin ita Papirius Fronto distinxerit: sed quod domino rerum deterioratarum conferendum est pro damno, ab omnibus qui merces in naue saluas habuerunt, non facit, vt eò minùs conferre ille debeat ei, cuius merces iactę sunt pro ęstimatione rerum deterioratarum, detracta nimirum deterioratione. Quę detractio facit, vt nihil vicissim conferre ei

præterea

præterea debeat is, cuius merces iactę sunt, quia iam satis contulit minùs accipiendo quàm conferri ei debuisset, si res deterioratæ non fuissent. Imò verò duplici collationis munere fugeretur miser ille mercator, cuius merces in mare iactæ sunt, si & minùs consequi ab eo cuius res deteriores factæ sunt propter deteriorationem, & præterea conferre ipsi aliquid hoc nomine deberet. Sed alij, quorum merces non modò saluæ, sed etiam integræ sunt, vtrique cõferre debent, & ei cuius merces iactatæ sunt, & illi cuius res deterioratæ, quia nihil inuicem ipsis conferendum est. Error Triboniani & quidem familiaris ille fuit, quod distinctionem Frontonis in illa quæstione, an ei cuius res deteriores factæ sunt, subueniri oporteat, traxit ad illam quoq; quæstionẽ de qua Fronto non cogitauerat, an is cuius merces deteriores factę essent, ei conferre aliquid deberet, qui nauis leuandæ gratia merces suas eiecisset. De quo nec dubitandi ratio vlla esse poterat, satis probabilis dummodò addito temperamento illo *precio præsenti rerum*. Sed neque puto Frontonem quæsiuisse, an ei cuius merces ex quacunque causa deteriores factæ essent, conferri deberet ab eo, qui suarum mercium iactum fecisset [aliter scilicet quàm minùs consequendo, vt explicauimus,] sed an ab aliis tantùm quorum res propter iactum & saluæ & integræ fuissent. Nam & nullo iactu facto perinde huic quæstioni locus esse potest, Triboniani manum prodit, non solùm styli inelegantia tot interrogatiunculis & inuolutionibus intricata, sed etiam quòd distinctiones illę, quas ipse pro subtilibus habuit, sed vnam subtiliorem, cum ratione iuris stare nullo modo possunt. Itaque qui totum hunc §. à primis verbis ad finem vsque Triboniani non Callistrati esse dixerit, is meo iudicio benè senserit, aut certè non valdè aberrauerit.

5. HERMOGENIANVS libro 2. iuris Epitomarum.

AMissæ nauis damnum, collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberarunt: nam huius æquitatem tunc admitti placuit: cùm iactus remedio cæteri in communi periculo, salua naui, consultum est.

Ad l. amissæ 5.

RAT. DVB. Nihil interest eorum qui merces suas saluas habẽt, an ideò saluas habeant, quòd eas naufragio liberauerint sũmersa & amissa naue, an quia per iactum mercium quarundam in mare nauis tota cum reliquis mercibus salua facta sit: vtroque siquidem casu perinde saluas eas habent: atqui si leuandę nauis gratia iactus mercium factus esset, omnium contributione sarciretur damnum, quòd pro omnibus datum esset, *leg. 1. l. 2. in princip. vers. æquissimum supr.* Ergo & amissæ nauis damnum collationis consortio sarciri debet per eos, qui merces suas naufragio liberauerunt.

DEC. Contributionis huius æquitatem tùm demùm admitti placuit, cùm iactus remedio cæteris in communi periculo salua naui consultum est. Alioqui nec iactus ipse in tributum venit, si nauis salua non sit *l. prox. in fine principij supr.* At cùm naue summersa naufragium factum fuit, tantum abest, vt remedio amissæ nauis consultum sit nauigantibus & eorum mercibus, vt ea res sola naufragio causam dederit, quòd nauis summersa sit. Nulla igitur contributionis æquitas hîc locum habet, quamuis vectores suas merces aliis remediis & auxiliis naufragio liberauerint. Nam & cùm salua naue, saluísque mercibus, nauis tamẽ aliqua ex parte deterior facta est, nulla tamen eo nomine fit collatio, nisi cõmunis periculi remouendi causa, aliquid de naue deiectũ sit *d. l. 2. §. 1. & l. 3.* vbi dixi *sup. hoc ti.* Iũge *§ prox. seq.*

1 ¶ Arbore cæsa, vt nauis cum mercibus liberari possit, æquitas contributionis habebit locum.

Ad §. 1. Arbore cæsa.

RAT. DVB. Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit, nulla faciẽda collatio est, quia dissimilis earum rerum causa est, quæ nauis gratia parantur, & earum pro quibus merces accipitur *l. 2. §. 1. supr.* Adeò vt nec si tota nauis amissa, & summersa sit, contributioni tamen locus esse debeat, vt proximè diximus. Ergo etiam si arbor nauis cæsa sit, quę nihil nisi nauis quoddam instrumẽtum est, contributionis æquitas admitti non potest, sed domini totum damnum esse necesse est, quemadmodum si faber incudem aut malleum fregisset *d. §. 1.* ne alioqui maiore fauore digna videatur nauis, quæ deterior tantùm facta est quàm quæ tota summersa & amissa est: quod esset ridiculum, cum etiã id quod deterius fit, ex illa parte pereat. Vnde est quod nõ tota reddi ea res videtur quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. supr. Commod.* DEC. Etiam cùm nauis deterior fit ex ea causa, ex qua iactus mercium fieri solet, id est, remouẽdi communis periculi gratia, contributionis æquitas locum habere debet, quoniam eadem hoc casu ratio subest æquitatis *d. l. 2. §. 1. & l. 3. supr.* vbi hæc ipsa sententia ex Papiniano proponitur. Sed inter deterioratam & amissam nauem hoc interest, quod deterior fieri nauis interdũ potest, vt à cõmuni periculo ipsa quoque cum mercibus liberari possit, vt Hermogenianus hîc loquitur: at verò, vt nauis pereat & submergatur ad saluandas merces fieri nunquam potest.

6. IAVOLENVS libro 86. Digestorum.

NAuis aduersa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, & arbore, & antenna, Hipponem delata est: ibíque tumultuariis armamentis

ad præsens comparatis, Hostiam nauigauit: & onus integrum pertulit: quæsitū est, an hi, quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeāt? respondi, non debere: hic enim sumptus instruendæ magis nauis, quàm conseruandarum mercium gratia factus est.

Ad l. Nauis 6.

RAT. DVB. Cùm nauis depressa aduersâ tempestate, adeóque fulminis ictu deustis armamentis, arbore & antenna, Hipponem delata est. ibíque tumultuariis armamentis ad præsens comparatis, Hostiam posteà nauigauit, & onus integrum saluúmq; pertulit, negari non potest, quin conseruandarum merciū gratia sumptus ille factus sit, sine quo merces illę Hostiam perferri integræ saluæque non potuissent. Ergo cùm & saluam nauem sumptus ille fecerit & saluas merces, dicendum est, eos, quorum onus fuit, nautæ id est magistro nauis conferre debere. DEC. Non fit collatio pro iis sumptibus qui fiunt ad armandam & instruendam nauem potiùs quàm conseruandarum mercium gratia, quamuis per consequentias armata & instructa naui merces quoque conseruentur. Is enim demùm sumptus in contributionem ex lege Rhodia faciendam venit, qui non nisi ob conseruandas merces primo & per se factus est. Atquin is de quo quærimus, instruēdæ magis nauis, quàm conseruandarum mercium gratia factus est. Neque enim poterat instructa esse nauis sine armamentis, arbore & antenna. Quòd verò iis armamentis, omnibúsque necessariis instructa onus integrum saluū que Hostiam pertulit, ad nautæ officium & diligentiam pertinuit, vt ita fieret. Nihil igitur ei hoc nomine conferendum est.

7. PAVLVS lib. 3. Epitomarum Alfeni Digestorum.

CVm depressa nauis, aut deiecta esset: quod quisque ex ea suum seruasset, sibi seruare respondit, tanquam ex incendio.

Ad l. Cum depressa 7.

RAT. DVB. Communis periculi causa videtur facere communia omnia, etiam ea quæ antè propria cuiusque fuerunt *l. 2. §. cùm in eadem naue in fin. suprà hoc tit.* vbi scriptum est, si quando accidat, vt in nauigatione cibaria deficiāt, quod quisque proprium sibi haberet in commune id conferre debere. Ergo cùm depressa nauis aut deiecta est, quod quisque ex ea suum seruauerit, non tam sibi quàm omnibus eiusdem periculi sociis seruasse videri potest, vt quorum commune periculum fuit, commune quoque & damnum sit & solatium. Præsertim cùm vix sit, vt in ipsa naufragij calamitate pro derelicto habitum non fuerit, quasi nulla spe reliqua neque recuperationis, neque salutis, quamuis ex eo naufragio aliquid seruari contigerit. DEC. Communio periculi inducere quidem potest communionem damni in eo, quod amissum est vt damnum inter omnes cōmunicetur, quoties ex quorundam damno aliorum omnium saluti & indemnitati consultum est *l. 1. & 2. supr. & toto hoc tit.* Sed non æquè potest inducere cōmunionē, aut potiùs cōfusionem dominiorum, vt quòd vnius fuit, cæterorum quoq; omnium factum esse videatur. Nec enim periculi societas legitimus modus est acquirendi aut amittendi dominij, sed ea demùm societas, quæ fit bonorum omnium *l. 1. §. 1. & l. 2. infr. pro socio.* Ergo quod quisque suum, non alienum ex ea naue seruauerit, quæ vel depressa, vel deiecta est, sibi seruauit, non aliis, qui in ea re nullum ius vnquam neque dominij, neq; aliud habuerunt. Perinde atque si dominus eas res ex domus suæ incendio seruasset, quas si quis alio loco positas subtraxerit aut rapuerit, nemo dubitat quin aut furti aut alias vi bonorum raptorum iudicio teneatur *l. si quis 5. infr. de incend. ruin. & naufrag. iunct. l. ne quid 7. & pass. ill. titul.* Licèt enim vnicuique naufragium suum impunè colligere *l. vlt. eod.* Non autem fieret impunè, si quod seruatum foret, communicandum esset. Et quod ad rem seruandam factum esset, ad eam pro parte amittendam noceret. Denique cùm id quod naufragio expulsum & eiectum est, non pro derelicto sit, sed pro deperdito, vt Iauolenus dicebat in *l. interdum 21. §. 1. infr. de acquir. poss* multò magis si seruatum est eius manere debet, cuius anteà fuit, & cui tam feliciter cōtingit, vt seruare id potuerit, nō etiam aliorum commune fieri. Nam & quod magis est in iis quoq; rebus quas dominus leuandæ nauis gratia in mare proiecerit, idem iuris est, vt neque fiant occupantis tanquam pro derelicto habitæ, sed eiusdem domini maneant, si quando posteà recuperari possint, vt scriptum est in *l. sequent.* Iunge *l. 2. Codice de naufrag. lib. 11. titul. 5.*

8. IVLIANVS libro 2. ex Minicio.

QVi leuandæ nauis gratia res aliquas proiiciunt, non hanc mentem habent, vt eas pro derelicto habeant: quippe, si inuenerint eas, ablaturos: &, si suspicati fuerint, in quem locum eiectę sunt, requisituros vt perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reuersurus vt eandem auferret.

Ad l. Qui leuandæ 8.

De huius legis sententia iam satis multa scripsimus ad *§. vlt. l. 1. supr.* Vbi ex Paulo scriptum est illud ipsum, quod à Iuliano in hac lege, rem in mare iactatam domini manere, nec fieri adprehendentis, quia pro derelicto non habeatur. Vnde etiam est, quod nec pro derelicto vsucapitur, vt idem Iulianus noster eodem libro 2. ex Minicio ex quo hæc quoq; lex sumpta est, scribit in *l. pen. infr. Pro derelict.*

non

nō magis quā quod naufragio expulſum eſt. Neutrum enim habetur pro derelicto, ſed vtrumque pro deperdito *l. interdum 21. §. 1. de acquir. poſſ.* Iuliani ergo ſententiam hîc expreſſam cæteri prudentes adprobarunt *d. l. 2. §. vlt. ſupr. l. qua ratione 9. §. vlt. infr. de acquir rer. domini.* itémque Iuſtinianus in *§ vlt. inſtit. de rer. diuiſ.* Solus Vlpianus contra ſenſiſſe videtur in *l. falſus creditor 43. §. pen. infr. de furt.* vbi ait plerumque credendum eſſe eum, qui merces ſuas in mare proiicit nauis leuandæ gratia, derelinquentis animo id facere, cùm ſciat perituras, contrà quàm hic ſcribat Iulianus. Vide igitur quæ de tota hac re ſcripſimus ad *d. l. 2. §. vlt.* Habet .n. hæc lex ſicut eādē ſententiā, ita eandē dubitādi, decidētiq; rationē.

IX. VOLVSIVS MÆCIANVS ex lege Rhodia.

Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνῖνον βασιλέα· κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε, ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς Κυκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι· ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς μή τις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται. τοῦτο δὲ αὐτὸ καὶ ὁ θειότατος Αὔγουστος ἔκρινεν.

Id eſt,

Deprecatio Eudæmonis Nicomedienſis ad Antoninum Imperatorem: Domine Imperator Antonine naufragium in Italia facientes, direpti ſumus à publicanis Cyclades inſulas habitantibus. Reſpondit Antoninus Eudæmoni: Ego quidem mundi dominus: lex autem maris a lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præſcripta eſt, iudicetur: quatenus nulla ei noſtrarum legum aduerſatur. Hoc idem Diuus quoque Auguſtus iudicauit.

Ad l. Deprecatio 9.

Hęc lex oſtendit legem Rhodiam de qua in hoc tit. non illud tantùm caput habuiſſe de iactu, cuius mentio fit in *l. 1. ſupr.* ſed alia etiam pleraque ad res nauticas pertinentia, & ex quibus omnes ferè quæſtiones emergentes circa rem nauticam decidi potuerunt. Sicut enim non erubuerunt Romani leges 12. Tabular. maiore ex parte à Græcis ſumere, maximè verò ab Athenienſibus & Lacedæmonibus, vt Pomponius refert in *l. 2. ſupr. de orig. iur.* ita & nauticas pleraſque à Rhodiis ſumpſerunt, tanquam omnium & vetuſtiſſimas & optimas ob eam qua inter Græcos omnes excellere credebantur, naualis ſcientiæ gloriam & peritiam. Nam & Rhodum vrbem omnibus maritimis vrbibus anteponit Strabo lib. 14. & eorum in maritimis legibus εὐνομίαν & ἐπιμέλειαν mirum in modum commēdat. Fuerunt autem leges Rhodiæ non tantùm de architectis, inſtrumentis, & armamentariis nauium, ſed de aliis pleriſque rebus, vt conſtat ex ſpecie huius legis, in qua proponitur deprecatio & expoſtulatio quædā Eudæmonis Nicomedienſis ad Imperat. Antoninum, quòd ij qui cum Eudæmone naufragium in Italia fecerant direpti eſſent à publicanis Cyclades inſulas habitātibus, quarum caput Rhodum fuiſſe omnes conſentiunt. Ad eam verò Eudæmonis expoſtulationem, ſapienter grauitérque reſpōdit Antoninus, ſe quidem mundi dominum eſſe, ſed legem maris. Itaque ex lege Rhodia id iudicandum eſſe, ex qua parte conſtituerat, quid de naufragiorum direptoribus fieri & qua pœna eos affici vellet: niſi qua in re ipſius Imperatoris conſtitutiones legi Rhodiæ aduerſarētur. Nam & ante Antoninum D. Hadrianus iam edictum de ea re fecerat, cuius mētio ampliſſima fit in *l. ne quid 7. infr. de incend. ruin. & naufrag* & digna ſemper ea res viſa eſt, etiam poſterioribus Imperatoribus quæ nouis cōſtitutionibus adiuuaretur, vt conſtat ex *tit. C. de naufrag. lib. 11 tit. 5.* Porrò licèt magna legis Rhodiæ authoritas apud Romanos quoque Imperatores ſemper fuerit, ſi qua tamē in re lex Rhodia ab Imperatoriis & principalibus conſtitutionibus diſcreparet, meritò Imperator ſuarum legum potiorem cauſam eſſe voluit, & ex iis rem iudicari. Cui ſimile eſſe putat Iacobus Cuiacius, quod Galli hodie de Romanorum iure cenſent, eo ſcilicet iure vti Gallos, quatenus eis lex Gallica non aduerſatur. Quod certè, tanti viri pace dixerim, non omnino ita eſt: infeliciùs enim cum Romanis legibus apud Gallos agitur, quàm apud Romanos cum Rhodiis, quia ex lege Rhodia res nauticas iudicari voluit Antoninus niſi quatenus aliqua ex principalibus conſtitutionibus ei aduerſaretur. At Galli nihil penitùs ex iure Romano iudicari patiuntur, ne tùm quidem cùm nulla ei lex aut conſuetudo Gallica aduerſatur, nimirum ne imperatoriæ maieſtatis authoritatem vllam in Gallia videantur agnoſcere, cui ſe pares, nec ſubditos eſſe gloriantur. Adeóque id verum eſt, vt in iis etiam prouinciis quæ iure ſcripto Romanorū regi dicuntur, quales tamen ſunt perpaucæ, Lugdunēſis, Delphinenſis Prouincia, & Narbonenſis, totáque illa pars Aquitaniæ, quæ Senatui Tholoſano ſubeſt, & pars aliqua vt audio, quæ Burdegalenſi, itémq; Aluerniæ pars inferior, nullam tamen Romanis legib. authoritatē tribuant, ſed tantū Rationi qua Romanas leges tā pręclarè ſancitas eſſe fatentur, vt eam rationem pro lege optima habendā eſſe non negent. In quo videntur mihi omnium optimè de legibus Romanis mereri, quatū authoritati etſi minus tribuunt, quàm qui imperatoriæ maieſtatis vene-

ratione mouentur, vt eas pro sanctis æternísque habeant, plus tamen tribuunt dignitati. Quid enim de iis dignius dici possit, quàm quòd illi ipsi apud quos nulla penitus earum vis est, nihil tamen sanctius, nihil iustius, nihílque diuinius à ratione ipsa formari potuisse, nec inuiti confitentur? Nos verò, etsi legum Romanarum potestatem & authoritatē vbique terrarum magis ac magis in dies vigere & reualescere cuperemus pro singulari nostro erga Romanam & Papinianeam Iurisprudentiam studio, ne quid tamen de Gallorum excellentia & gloria detrahere velle videamur, cui etiam nos fauere ac inseruire iustum est, non recusamus, quin ij qui iure Gallico vtuntur, de earum authoritate detrahant, quantum volent, dummodò adijciant, si quid adijci potest earundem dignitati, quantùm debent.

a *Ego quidem mundi dominus, lex autem maris.* Potuit ita loqui Romanus Imperator post subactum feliciter tot victoriis terra marique totum penè terrarum orbem, etsi ne tyrannicum hoc videatur quod Imperator se mundi dominum clamat ad imperium non ad dominium singularum rerum referendum est. Nam, vt bene Seneca dicebat, Omnia sunt quidem Cęsaris, sed imperio tantùm, non etiam dominio, sed hodie diuiso & scisso in tot dominationes ipso etiã Romano imperio, quis se mundi dominum potest dicere? quis rursum mari legem imponere? Illud certè constat mari quod natura omnibus patet priuatam legem imponi nullam posse *l. venditor. 13. supr. commun. præd.* sed publicam posse, vt hic locus, & lex ipsa Rhodia de iactu omnium apertissimè ostendit. Quis verò publicam imponet nisi is demùm cuius iurisdictio est, & qui supremam in eo mari habeat potestatem? Habere autem creditur quisquis in opposito territorio, & confini eandem supremam potestatem habet, ac quasi dominium maris adiacentis. Pro modo scilicet latitudinis cuiusque territorij, in longitudinem verò ad centesimum vsq; milliare, quasi sit modicum illud spatium in tanta quanta est maris etiam mediterranei vastitate. Sic enim Bartolus in tractatu de insula quem Doctores cæteri, præsertim Itali communiter sequuntur: Ideò fortasse quod & vrbis fines centesimo milliari concludantur. *l. 1. §. initio supr. de offic. Præf. vrb.* Vnde inferunt posse Principem supremum & qui iura imperij habeat, Piratas & omnes qui mare infestant intra eius spatij limites coercere, occîdi, capi & puniri iubere: itémque in eam rem ac velut in necessarium antecedens ad sumptus qui in eam rem necessarij sunt suppeditandos, & & publicæ vtilitatis causa, vectigalia nauigantibus intra illud videri maris spatium imponere, dummodò tamen modica, & quæ commerciorum solitam libertatem non impediant. Quomodo & venationem prohibere vbi quando & quibus volunt supremi Principes solent & venantibus etiam interdum vectigal modicum imponere, quamuis aër non minùs sit natura communis & patens omnibus quàm mare. Quod si ad ius illud etiam consuetudo immemorialis accederet, quàm vicinorum Principum siue consensus siue patientia adprobauisset, minorem certè aut nullam potiùs dubitationem res haberet, quia inter Principes quoque nec minùs in publicis negotiis quàm in priuatis tolerabilia sunt, quæ vetus consuetudo adprobauit, *l. Imperatores 15. insi. de pollicit.* cùm & tituli iusti vim obtineat *l. 3. §. ductus aquæ infr. de aqua quotid. & æst. & leg. si l. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* de quo tamen scribendum nobis erit aliquando fusiùs. Grauior enim & illustrior quæstio est, quàm vt hîc pro dignitate tam breuiter tractari possit. Extat sanè Imperatoris Leonis Constitutio 56. cui titulus est De oris maritimis, qua constitutum est, vt quisquis dominus est prædij, vnde apud oras mare conspicitur oras suas inconcusso iure possideat, illarúmque dominus sit, & si qui sine ipsius permissu earum emolumento frui velint, hos possit propellere. Nam quemadmodum, inquit ille, in terrenis locis ita iuris est, vt quicunque domus dominus sit, is præter illius vsum vestibulum quoque & atrium possideat, vt ita etiam in maritimis obtineat rationi consentaneum est.

10. LABEO libro primo Pithanon à Paulo V. Epitomarum.

SI vehenda mancipia conduxisti: pro eo mancipio, quod in naue mortuum est, vectura tibi non debetur: Paulus: Immò quæritur, quid actum est: vtrùm vt pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur, quod si hoc apparere non potuerit: satis erit pro nauta, si probauerit impositum esse mancipium.

Ad l. Si vehenda vlt.

RATIO DVBITANDI pro Labeone, Qui mancipia vehenda conduxit, non potest videri illud vexisse, quod in naue mortuum est. Ergo nulla pro eo vectura debetur.

DECIDENDI pro Paulo, Distinguendum necessariò est, quid actum sit. Vtrùm, vt pro his qui naui impositi essent merces daretur, an verò pro his qui deportati, id est, transuecti & traiecti essent. Posteriore hoc casu procedit sententia Labeonis, priore verò falsa est, quoniam aliud est vehere, aliud transuehere, & deportare. In dubio autem id est, si apparere non possit quid acti sit, satis erit pro nauta si probauerit impositum esse naui mancipium. Vehebatur enim, & transuectum etiam fuisset, si in naue demortuum non fuisset. Ita in contractibus omnibus inspiciendum maximè est, quibus verbis vsi sint contrahentes, vt sciri possit, quid actum sit. Non enim aliud in dubio actum esse intelligitur, quàm quod expressè dictum est, *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur. l. Labeo. 7. infr. de supell. legat.* Nam cùm in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti quæstio voluntatis, nec magis in contractibus quàm in testamentis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* In proposito autem subesse aliqua videbatur ambiguitas in verbo vehendi, an de mancipio simpliciter vehendo, an etiam de transuehendo & deportando eo cogitatum esset. Quid si ex ancilla quæ vehebatur infans in naui natus sit? vectura nulla eo nomine debetur, sed aliis rationibus de quibus in *l. sed addes 29. §. si quis mulierem infr. locat.* Alia enim illa quæstio est.

Ad §. 1.

1 ¶ Si ea condicione nauem conduxisti, vt ea merces tuæ portarentur: easq; merces, nulla nauta necessitate coactus, in nauem deteriorem, cùm id sciret te fieri nolle, transtulit: & merces tuæ cum ea naue perierunt, in qua nouissime vectæ sunt: habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: Immo contrà: si modo ea nauigatione, vtraque nauis periit: cùm id sine dolo, & culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus, nauigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit [a]. Idem iuris erit: cùm ea condicione [b], à te conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem deuehendas eas merces locasses: nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea pœna spectaret. Idem iuris in eodem genere cognitionis obseruabimus [c]: si probatum fuerit, nautam morbo impeditum, nauigare non potuisse. Idem dicemus [d], si nauis eius vitium fecerit sine dolo malo, & culpa eius.

Ad §.1. Si ea condicione.

Rat. dvb. Pro Labeone, conductor qui contra legem conductionis aliquid facit, tenetur eo nomine ex locato. Atqui cùm tu ea condicione nauem conduxeras, vt ea merces tuæ portarentur, si nulla necessitate coactus nauta (facit enim necessitas licitum quod alioquin esset illicitum) eas merces in deteriorem nauem transtulerit, præsertim cùm sciret te id fieri nolle, atque ita merces tuæ perierint, cum ea naue in qua nouissimè vectæ sunt, dubitari non potest, quin fecerit ille aduersus conuentionem. Ergo verum est, quod Labeo dicebat, habere te ex locato, aut, si males cum Cuiacio, ex conducto locato cum priore nauta actionem. Dec. Pro Paulo Labeonem reprehendente, distinguendum est, an ea nauigatione vtraque nauis perierit, an illa tantùm quæ deterior fuit. Labeonis sententia posteriore casu vera est, sed priore falsa si modò vtraque nauis sine dolo culpáve nautarum perierit. Æquè enim perituræ erant merces tuæ, etiamsi in deteriorem nauem coniectæ non fuissent. Nullum ergo damnum videtur nauta dedisse tuis mercibus æquè perituris *l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.* In proposito autem constat æquè fuisse perituras, vtrâque naue perdita.

a *Idem iuris erit, si prior nauta publicè retentus, nauigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.* Idem scilicet quod proximè dictum est contra Labeonem, vt cum priore nauta quasi fidem fregerit ex locato agi non possit. Non enim potest ei imputari cur tuas merces non portauerit, cùm publicè retentus fuerit, id est, authoritate publica, tanquam Reipublicæ, non tibi operam daturus, & prohibitus cum tuis mercibus nauigare. Nullus siquidem dolus, nullaque culpa videri potest eius qui iussu magistratus aliquid facit, aut à facienda re aliqua abstinet, cùm parêre habeat necesse *l. non videntur 167. §. 1. l. is damnum dat. 169. in princip. de reg. iur.* Imò è contrario non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit *l. non potest 199. eod.* Nec rursus imputari ei potest, cur tuas merces in aliam deteriorem nauem transtulerit, cùm eas deportare ipse in sua naue prohiberetur. Credibile enim erat te, si cùm magistratus prohibitionem sciuisses, consensurum fuisse, vt in aliam nauem merces tuæ transferrentur: quam etsi ponimus deteriorem fuisse quàm quæ fuerat conducta, talem tamen fuisse ponendum est, vt commodè nauigatura & merces tuas deportatura crederetur. Supponit enim Paulus neque dolum, neq; culpam vllam tuo nautæ imputari posse. Posset autem, si in nauem minùs idoneam merces tuas coniecisset, cùm aliam cõmodiorem & validiorem inuenire potuisset, præsertim si quam vel minimam causam haberet suspicandi te inuito id se facere *arg. l. si cùm Cornelius 82. ad fin. de solut.* nisi publica etiam authoritate, eodemque magistratus imperio quo prohibitus erat, nauigare cum tuis mercibus, eas in nauem illam deportandas coniicere iussus esset.

b *Idem iuris erit, cùm ea condicione.* Alium casum hîc proponit Paulus, in quo nihil potest imputari nautæ, qui publica authoritate retentus, nauigare cũ mercibus tuis prohibitus fuit, si merces tuas in deteriorem nauẽ coniecerit, quæ posteà perierit. Finge ea condicione à te nautã conduxisse, vt certã pœnã tibi præstaret nauta, nisi ante cõstitutũ diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem deuehẽdas eas merces locasset, eum verò publica authoritate retentũ, & cum tuis mercibus nauigare prohibitum, denũciasse tibi per eum nõ stare quominùs remissa sibi ea pœna expectaret, vt postquã Reipublicæ operã nauasset, tuas merces deportaret, te verò noluisse pœnã ei remittere. Quid enim hic aliud faceret miser ad euitandam pœnã, quæ alioquin ipso iure cõmitteretur (nam ad pœnã euitandã non prodest, quod imputari nihil possit ei, qui non ad diem satisfecit *l. vlt. infr. de nautic. fœnor. l. ad diem 77. de verb. oblig.*) nisi vt in aliã nauẽ merces tuas coniiceret, & quidẽ tuo periculo non suo? Hic meo iudicio apertissimus Pauli sensus est, quẽ tamen peruertit Iacobus Cuiacius *libr. 4. Obser. cap. 2.* non cũ sic emendat, vt pro *locasset* legat *locasses*: sed cũ mox legere mauult *remissam sibi eam pœnã*, pro eo quod vulgo legitur *remissa sibi ea pœna*. non improbo quod reponit *locasses* pro *locasset*. Nã hic in principio §. huius ponat Paulus te nauẽ cõduxisse à nauta: ergo nautã locasse non te (nec enim locat qui cõducit, sicuti nec cõducit qui locat) posteà tamẽ ponit factã esse cõductionẽ vehendarũ merciũ: merces enim vector vehẽdas locat, nauta cõducit. Nauẽ autẽ è cõtrario nauta locat, vector conducit *l. 2. in princip. & §. cùm in eadẽ naue & §. pen. sup. hoc tit.* Sed posteriorẽ emendationẽ probare non possum, cui certè Cuiacius non animaduertit dixisse Paulũ, quomodo veteres plerumq; dicebant *spectaret* pro *exspectaret*: sic enim scribebant, & aliis plerisque casibus simplici verbo vtebantur pro composito, vt *pensare* pro *compensare* in *l. quæ dotis 33. solut. matr.* & *pensationem* pro *compensatione* in *l. vnum ex familia 67. §. sed si vno de legat. 2.* & alibi sæpe.

c *Idem iuris in eodem genere cogitationis obseruabimus.*

Hic certè versiculus corruptus est. Quo enim sensu donare possis dictionem illam *cogitationis*? Sed non eo modo restituẽdus, quo putat vir doctissimus qui pro *cogitationis* reponit *cognitionis*. Melius namque est meo iudicio, vt reponamus *cõditionis*, vt intelligamus retineri à Paulo eandẽ speciẽ quã proximè tractauit de nauta, qui à te conduxerat merces tuas vehendas ea condicione, vt certam pœnam prẽstaret, nisi ante cõstitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quẽ deuehendas eas merces locasses. In qua specie, id est, retenta eadem illa cõdicione præstandæ pœnæ, si merces ad diẽ deportatæ & expositæ nõ essent, ait Paulus, si probatũ fuerit nautã morbo impeditũ nauigare nõ potuisse, neq; ex locato teneri eum debere, quia impossibilium nulla est obligatio *l. 185. de reg. iur. l. 2. §. si quis iudicio supr. si quis caution.* Prẽtertim verò ex contractu bonæ fidei, cuiusmodi est locatio.

RAT. DVB. Cùm pœna promissa est, nihil aliud inspicimus, nisi quænã sit quantitas & cõdicio stipulationis *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* nec ad euitandam pœnã quicquã prodest, quod imputari nihil possit ei, qui pœnã promisit, vt diximus ex *l. ad diem 77. eod. l. vlt. inf. de nautic. fœnor.* Sed decidendi ratio est, quia impossibilitas semper excusat *d. l. impossibilium.* nec minùs à pœna quàm à mora, cùm non possit deberi pœna quoties id quo non facto pœna promissa est, fieri nullomodo potest *l. si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Impossibile autem est, vt nauiget qui valetudine impeditur, ne nauigate possit *d. l. 2. §. si quis iudicio sup. si quis caution.* quia, vt ibi scriptũ est, prẽsentia personæ in eã rem requiritur. Aliud esset si per aliũ expediri res posset, cuiusmodi quæ sunt nõ modò in extrema valetudine, sed in ipso quoq; vltimo vitæ momẽto possibilia dicũtur *l. vlt. inf. de cõdic. instit.*

d *Idẽ dicemus.* Retenta nimirũ eadẽ specie eodemq; genere condicionis, aut etiam si mauis cõuentionis. RAT. DVB. Cùm nauis vitium fecit etiam sine dolo & culpa eius qui merces tuas intra certũ diem transuehendas conduxerat, potuit ille alia naui quæsita satisfacere cõdicioni, atque ita pœnam euitare, cùm nulla ipse valetudine impediatur quominùs nauigare possit. Ergo si id non fecerit, cõueniri ex locato potest ad pœnam. DEC. Quemadmodum valetudo nautæ excusat cum à pœna non factæ nauigationis, quia nauigatio prẽsentiam & factum personẽ requirit, vt proximè diximus, ita & vitiũ nauis quod sine dolo vllo culpáve contigit, si non tam citò, tamq; facilè emendari potuerit: tam enim requiritur ad nauigandũ prẽsentia nauis, quàm prẽsentia nautæ, nec minùs impossibile est nauigare nautam sine naui, quàm nauẽ sine nauta. Et quemadmodũ nauta qui merces vehendas cõduxit, si valetudine impediatur ne possit nauigare, aliũ nautã substituere nec potest, ni vector consentiat, nec cogitur, etiãsi vector velit, nisi & nauta quoq; ipse consentiat, quia operas suas locauit non alienas, ita & cùm illa ipsa nauis in qua portari merces conuenerat, vitiũ fecit sine dolo culpáve nautæ nec potest, nec cogitur aliã quærere nauem, quæ eundẽ vsum præbeat, & in alterius de qua cõuenerat locũ substituatur, nisi cõtrahentes ambo consentiant, quoniã de certa naue actũ est. Idq; potissimũ erat, quo Labeo mouebatur, vt diceret, cum nauta ob merces in aliam nauẽ quàm quæ conducta fuerat coniectas, quæ periisset ex cõducto agi posse.

2 ¶ Si conduxisti nauem amphorarum duo milium, & ibi amphoras portasti: pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si auersione nauis conducta est, pro duobus milibus debetur merces, si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti.

Ad §. Si conduxisti vlt.

In hoc quoque §. vt in tota hac lege proponitur primũ sententia Labeonis, mox nota & reprehensio Pauli. Sententia Labeonis est, si cõduxeris nauẽ amphorarum duo milium, & ibi amphoras portasti, licèt pauciores numero, pro duobus milibus amphorarũ preciũ te debere. Paulus verò vt in superioribus quæstionibus distinguendũ esse ait, an per auersionẽ nauis cõducta sit, id est, in vniuerso, vt explicauimus ad *l. 1. §. exercitorem supr. tit. prox.* vt eo casu benè Labeo responderit, & pro duobus milibus amphorarũ merces debeatur, quam Labeo minùs partitò precij nomine significauerat, ideò fortasse quòd & merces & preciũ in pecunia numerata consistere debeat: an verò pro numero impositarum amphorarũ merces cõstitutæ sint. Quo demũ casu non potest Labeonis sententia vera esse, sed pro tot amphoris preciũ conductionis, id est, mercedem debes, quot amphoras portasti. Quæ distinctio certè tam apertè vera est, vt nec vllã recipiat dubitandi rationẽ, nec credibile sit, Labeonem aliter sensisse. Sed familiare est Paulo in suis ad Labeonem notis quas nescio, an bona mente ac fide, an cõtradicendi potiùs studio scripserit, certos casus minùs obuios perquirere in quib' opiniones Labeonis falsæ deprehendi possint. Quod si quo alio vllo in loco, in hac sanè lege ab eo factum est. Quis enim credat Labeonẽ, cùm dixit, deberi precium & mercedem conductionis pro duobus millibus amphorarum, sensisse de naue, non per auersionem conducta, sed pro numero indefinito amphorarum? Est enim proculdubio casus ille Pauli indubitabilis, & penè absurdus, vt si pro numero amphorarum nauis conducta sit, pro tot amphoris duntaxat merces debeatur, quot portatæ fuerint, non valde dissimile est, quod initio legis Labeonem reprehendit, qui de cõductione facta vehendorum mancipiorum locutus fuerat, quasi non etiam de transuehendis & deportandis sensisset. Cùm tamen certum sit nautam accipere mercedem à vectoribus, non vt eos imponat naui, sed vt traiiciat *l. nauta 5. supr. naut. caupon. stabul.* Sed similius quod in specie §. 1. verissimam certè Labeonis sententiam, Paulus reprehendat, fingit vtramque nauem in vna eademq; nauigatione periisse, cùm tamen Labeo manifestè casum illum tractasset, quo posterior tantùm nauis in quam merces translatæ fuerant, periisset. Item quod tot alios casus conquirit in quibus excusari nauta possit à pœna, vt puta si publicè retentus & cum mercibus vectoris nauigare prohibitus sit, si valetudine: si nauis suæ vitio impeditus, de quibus casibus nec Labeo cogitauit, nec anus dubitaret. Sed hanc Pauli consuetudinem & in reprehendendo Labeone pertinaciam alibi iam obseruauimus, & improbauimus.

DE INSTI-

DE INSTITORIA ACTIONE.

TIT. III.

1. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

AEQVVM prætori visum est, sicut commoda sentimus ex ictu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, & conueniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem præposuit [a] vt experiri possit. sed si quidem seruum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus. si autem vel alienum seruum, vel etiam hominem liberum: actione deficietur. ipsum tamen institorem, vel dominum eius conuenire poterit v. l mandati, vel negotiorum gestorum [b]. Marcellus autem ait, debere dari actionẽ [c] ei, qui institorem præposuit, in eos, qui cũ eo contraxerint:

2. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

EO nomine, quo institor contraxit: si modo aliter rem suam seruare non potest.

Ad l. 1. & 2.

RATIO DVB. Ne quidem per eos quos in nostra potestate habemus, deterior condicio nostra fieri potest, vt nos æri alieno obligent *l. melior 133. de regul. iur. l. filiusfamilias 22. infr. de solut. l. qui in aliena 6. infr. de acquir. hered.* Multo minus per liberam personam, quæ nec acquirere nobis quicquam potest excepta possessionis causa *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. solutũ 11. §. per liberam supr. de pignor. act.* Ergo siue institor in potestate nostra sit filiusfamilias aut seruus, siue liber homo sui iuris, fieri non potest, vt ex eius contractu obligemur, præsertim cùm nec per liberam institoris personam acquiri nobis actio vlla possit, vt in hac ipsa lege scriptum est: nec enim facilius esse debet, vt quis me obliget, quàm vt mihi acquirat, cùm obligatio sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ aut faciendæ, vt Iustinianus diffinit in *tit. de oblig.* atque ita debitor fiat quodammodo seruus sui creditoris, ita vt aliqua ex parte libertas ciuis Romani p obligationis vinculum minui videatur. Vnde est, quod in dubio proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationẽ *l. Arrianus 47. de oblig. & action.*

DEC. ex qua persona lucrum quis sentit eius factum præstare debet *l. ex qua persona 149. de regul. iur.* Atqui ex institorum actu sentimus commoda, non quidem, vt nobis actionem vllam aut quid aliud rectà adquirant, nisi cùm in potestate nostra sunt, sed vt quod sibi acquirunt idipsum nobis aut mandati aut negotiorum iudicio præstare teneantur, si homines liberi sint nec in nostra potestate, aut eorũ dominus actione de peculio si serui sint alieni. Meritò igitur æquum Prætori visum est, vt ex institorũ nostrorum contractibus & obligari possimus & cõueniri, proposita in eam rem actione, quæ ob id institoria appellatur, merè prætoria & honoraria, cũ iure ciuili actio nulla competeret: quia non tam ex ratione iuris nascitur, quàm ex æquitate, cuius præcipuus cultor custos & magister Prætor est. *§. eadem ratione vers. institoria instit.* *Quod cum eo qui in alien. potest. est.* vbi additur institorem eum esse qui negotiationi alicui præpositus est, quæcumque illa sit, dum ne nauis aut exercendæ aut curandæ. Alius enim exercitorum vsus est, alius institorum *l. 1. §. licet autem* vbi diximus *supr. De exercit. act.*

a *Sed non idem facit circa eum, qui institorem præposuit.* Id est non similiter dat Prętor actionem illi qui institorem præposuit contra eum qui cum institore contraxit. RATIO DVB. Nihil tam æquitati consentaneum est, quàm vt inter contrahentes seruetur æqualitas, vt qui aliũ sibi obligare vult, seipsum quoque alij obliget, quoties contractus ex eorum numero est, qui sunt vltro citróque obligatorij *l. Labeo 19. de verb. signific. l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. & vendit. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. infr. de action. empt.* Nisi cùm personæ cõdicio impedit ne obligari possit, vt contingit si quis cum pupillo contrahat sine tutoris authoritate *d. l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo antep.* Nec difficilius est, vt quis per alium mihi obligetur, quàm vt ego ei obliger. Igitur quemadmodum omni casu tenetur institoria is, qui institorem præposuit: ita & actio ei dari aliqua debuit à Prætore in eos qui cum institore contraxerũt, siue institor liber homo sit, siue seruus alienus. Nam si aut filiusfamilias sit, aut seruus proprius eius qui ipsum præposuit negotiationi, non dubitatur quin per eum actio directa acquiratur patri vel domino, quæ ipsi filiofamilias vel seruo si suis iuris esset, acquireretur: idque non prætorio iure, sed ciuili ex quo quicquid acquiritur per eum quem in potestate habemus, ita nobis acquiritur, vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in ipsius persona *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si quis à parent. manum. sit.*

DEC. Magna differentia est inter eum qui institorem præposuit, & illum qui cum institore contraxit: nam qui institorẽ præposuit, hoc ipso se obligauit facto suo propriáq; volũtate, vt factũ institoris

adprobare cogeretur, ex cuius contractibus lucrum & commodum speraret. Qui verò cum institore contraxit non id egit, vt duobus se obligaret, sed ei tantùm cum quo contrahebat, si liber homo & sui iuris esset, aut si filiusfamilias vel seruus esset patri eius aut domino, nunquam duobus. Deinde ratio iuris impedimento est, ne per liberam personam acquiri nobis actio vlla possit extra condictionem certi ex mutuo *l. 2. C. per quas person. nob. acquir.* nec minùs ratio iuris prętorij quàm ciuilis, quia neque iure prętorio actiones vllæ nobis per liberam personam acquiri possunt. Et quamuis institor veluti procuratoris instar obtineat, non eo magis tamen actio per eum acquiri potest sine cessione *l. possessio 49. in fin. de acq. poss.* nisi procurator præsentis stipulatus sit quo casu vtilem actionem quæri placuit *l. si procuratori 78. infr. de verb. oblig. l. quod procurator 68. supr. de procurat.* At cùm obligamur ei, qui cum institore nostro contraxit, non tantùm ex institoris facto, sed etiam ex nostro obligamur, id est, ex nostra prępositione. Non ergo debuit prętor ei qui institorem prępofuit, perinde atque contra ipsum actionem polliceri: nec tamen verendum est, vt eam ob causam is qui institorem prępofuit, damno afficiatur, cùm paratam habeat actionem mandati vel negotiorum gestorum aduersus institorem ipsum, si liber homo sit, vel aduersus institoris patrem aut dominum de peculio. Per quam actionem cogetur institor, si aliud nihil facere possit, ea saltem actione cedere *d. l. possessio in fin.* Quòd si nec id facere possit, quia fortè bona eius omnia iam sint vendita, tum verò succurrendum est ei, qui institorem prępofuit data ei suo nomine actione secundum Marcelli sententiam, de qua in fine huius legis, & ex *l. 5. infr. de prętor. stipulat.*

b *Vel negotiorum gestorum.* RAT. DVB. Non datur actio negotiorum gestorum præcedente mandato, sed mandati *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Atqui cùm de institoria actione tractatur, mandatum semper prçcedere necesse est, quandoquidem institor nemo est, qui non sit præpositus *dict. §. eádem ratione versic. ideò autem Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Præpositio autem sine mandato esse non potest.

DEC. Fieri potest, vt nullo mandato meo prçcedente aliquis rem meam gerens institorem prępofuerit, & ego prępositionem illam ratam habuero, vt in *l. sed & si quis 7. in princip. infr. hoc tit.* Quo casu cùm mandati actio competere mihi non possit, neque contra institorem ipsum, neque contra eum qui prępofuit, necessaria certè est negotiorum gestorum actio: Itemque si ego quidem institorem prępofuero certæ negotiationi, sed ille mandati fines excesserit, posteà tamen ego quoque ratum habuero. Ratihabitio enim non mandati, sed negotiorum gestorum actionem parit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & seqq. l. Pomponius 9. supr. de negot. gest.* Denique institor non semper procurator est, sed plerumque negotiorum gestor, nec tamen procurator ferè vnquam dicitur, siue quod specialius aliud & significantius nomen institoris habeat, siue quòd non ad hoc procurator constituatur, vt hunc vel illum contractum ineat, sed in genere, vt hanc vel illam negotiationem exerceat, quam per nosmetipsos exercere fortassis nollemus. Cùm tamen quisquis aliquid per procuratorem facit, per seipsum id facere videatur. Licèt procuratori institor plerumque comparetur, vt in *d. l. 5. de prętor. stipulat. d. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. de act. empt.* Et quantum referat, an procurator quis sit, an institor apparet ex *l. 5. §. sed & cum fullo infr.*

c *Marcellus autem ait debere dari actionem.* RAT. DVB. Nemo potest contrahere, ita vt alter ex eo contractu agat suo nomine *l. quæcunque gerimus 11. inf. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo actio ex contractu institoris ei, qui prępofuit dari nunquam potest contra eum, qui cum institore contraxit, nec si aliter rem seruare non possit is, qui institorem prępofuit, sibi namque imputet, cur prępofuerit, vt in *l. sed etsi 7. §. vlt. infr. l. 1. §. cuius autem & §. vnde quærit. supr. de exercit. act.* DEC. Ita quidem est extraordinarij iuris siue ciuilis siue honorarij ratione, vt suprà diximus, sed tamen cùm ius hoc totum quod de institoria actione propositum est à Prætore, ex æquitate pendeat, vt scriptum est initio huius legis, est res hæc ex earum genere in quibus cauendum est, ne sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt Celsus adolescens eleganter dicebat *l. si seruum 91. §. sequitur eod. ill. tit.* Et quæ de nouo emergunt, semper nouo aliquo indigent auxilio *l. de ætate 11. § ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Finge igitur institorem qui tecum contraxit, in ea causa esse cœpisse, vt eius persona interposita dominus mercis rem amissurus sit, fortè bonis omnibus ipsius venditis, atque ita etiam actionibus, vt nec in eius potestate amplius sit præstare actionem, an non æquissimum est, Prætorem domino succurrere data ei ex proprio capite actione, per quam suum consequatur. Itaque cùm aliàs dici soleat, accidere plerumque, vt quod quis per suam personam facere non potest, per interpositam faciat, vt in *l. 3. in fin. quæ res pignor. oblig. poss. l. si is qui duos 27. de liber. legat.* hîc è contrario euenit, vt quod non potest assequi per interpositam institoris personam is, qui institorem præpofuit, per suam consequatur. Ergo hoc casu dabitur actio subsidiaria domino, id est, ei qui præpofuit institorem aduersus eos, qui cum institore contraxerunt. Scilicet eo nomine, quo vt institor contraxit: sic enim legendum est, vt puto apud Caium in *l. seq.* quia non sufficit ad obligandum eum, qui cum institore contraxit, vt cum eo nisi tanquam cum institore contraxerit. Sed & illud prætereà requiritur, vt aliter rem suam seruare non possit is, qui institorem præpofuit. Non enim daretur auxilium hoc extraordinarium, si posset ordinarium sufficere, vt *l. in causa 16. supr. de minor. l. Imperatores 30. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 1. de priuileg. credit.* Sed id agit semper ciuilis legislator, maximè verò Prætor, ne quis in damno moretur, ex quo præsertim alius lucrum sit capturus, licèt per iuris ciuilis aut etiam prætorij occasionem. Denique vt si fieri potest, neutra pars lædatur *l. seruus dotalis 58. infr. solut. matr. l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit. l. 2. §. 1. de doli mal. except.* Nec magnam querelæ causam habet is, qui cum institore contraxit, si quando ex eo contractu conueniatur à domino ex quo & contra ipsum dominum habuit actionem *arg. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. infr. de action. empt.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

INstitor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet. nec multum facit, tabernæ sit præpositus an cuilibet alij negotiationi.

Ad l. Institor

Ad l. Institor. 3.

RAT. DVB. Etiam is qui naui exercendæ aut regendæ præpositus est, instat & instare debet ei negotio gerendo, cui præpositus est. Et tamen non idcirco institor appellatur, sed vel exercitor vel magister nauis. Sicut enim alius est vsus institorum, & alius exercitorum aut magistrorum ita; & alia nomina *l. 1. §. licèt autem supr. de exercit. act. iunct. l. si idem 7. Cod. de iur. Cod.* Ergo vel mala est vel manca etymologia nominis. DEC. Argumentum ab etymologia, vt iam sæpiùs monuimus, non valet affirmatiuè, sed tantùm negatiuè. Vt quisquis non instat ei negotio gerendo cui præpositus est, institor propriè dici non possit, quamuis non è contrario quisquis instat institor appellari debeat: Est enim hoc nomen specialiter coarctatum ad eos qui tabernæ, vel alij cuilibet negotiationi extra nauticam præpositi sunt. Quamuis frequentiùs fit, vt qui tabernæ præpositi sunt ij institores dicantur, *l. institor 18. & pass. hoc tit.* Exercitor autem propriè dicitur, qui nauem exercet, quamuis etiam taberna exerceri dicatur in *l. habebat quis 13. §. vlt. infr.* dixi ad *d. l. 1. §. 1. & §. exercitorem supr. de exercit.*

4. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

CVm interdum etiam ad homines honestos adferant merces, & ibi vendant, nec mutat causam actionis, locus vendendi emendíve: cùm vtroque modo verum sit, institorem emisse, aut vendidisse.

Ad l. Cùm interdum 4.

In hac lege ratio redditur ex Paulo eius, quod in lege præcedenti scriptum fuerat ex Vlpiano, nihil interesse, an tabernę quis prępositus sit, an alij negotiationi. Nam cùm ratio dubitandi illa occurreret, quod quoties de institoria quęritur cōdicio prępositionis omnino seruanda sit, *l. sed si pupillus 11. §. conditio infr.* non videbatur eum, qui tabernæ præpositus esset, extra tabernam contrahens, dominum & præpositorem obligaret, quasi id contra legem prępositionis futurum esset: verùm bene respondet Paulus interdum accidere, vt qui tabernæ præpositi sunt ad honestos homines adferant merces, eásque ibi, id est, extra tabernam vendant, nec idcircò tamen quicquam contra legem præpositionis fecisse dici possint. Non enim mutat causam actionis, neque ipsius etiam negotiationis locus vendendi emendique, cum vtroque modo, id est, siue in taberna, siue extra tabernam negotiatio facta sit, semper verum sit institorem emisse, aut vendidisse. Nam & æquè institor est is, qui sine vllius loci designatione ad emendum, vendendúmve, aut alium actum negotiationis præponitur *l. institor est 18. infr.* Et quemadmodum Pompeius Magnus dicebat Rempublicam non esse in parietibus: ita dici etiam potest negotiationem tabernariam non esse muris tabernæ circumscriptam. Illud certè omnino exigitur, vt institor propter quæstum præpositus sit ad hoc, vt institoria possit competere *l. si cum villico 16. infr.* Si tamen plures tabernæ sint etiam vnius eiusdémque mercis interest, aliquando vtri creditum sit *leg. 5. §. sed si duas 16. infr. titul. prox.*

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

CVICVNQVE igitur negotio præpositus sit, institor rectè appellabitur.

Ad l. Cuicunque 5.

Hoc addendum fuit, ne quis putaret, institorem eum duntaxat dici, qui ad emendum vendendúmve præpositus esset, quia de hac sola negotiatione Vlpianus locutus fuerat in *leg. 3. supr.* Sed exempli tantùm gratia, sic Vlpianus scripserat, cùm aliæ sint & quàm plurimæ negotiationes quibus præponi potest, vt ex iis quæ mox in hac ipsa lege sequuntur, apparebit. Idque etiam publica vtilitas exigit ad augendam commerciorum libertatem, & frequentiam, per quam maximè conseruatur, & locupletatur Respublica.

1 ¶ Nam & Seruius libro primo ad Brutum ait, si quid cum insulario gestum sit, vel cum eo, quem quis ædificio præposuit, vel frumento coemendo, in solidum eum teneri.

Ad §. 1. Nam & Seruius.

RAT. DVBIT. Neque insularius qui vrbanam domum, non quasi inquilinus: sed pro insulæ domino habitat, neque is qui præpositus est ædificio siue conseruando, siue augendo, præpositus est quæstus gratia, vt nec villicus villæ, sed hîc propter fructus percipiendos, illi ad domum vel habitandam vel conseruandam aut etiam ædificandam. Ergo institoria actio locum habere hoc casu non potest, vt neque in specie *l. si cum villico 26. infr.* DEC. Aliud est dicere, Insularium & eum qui ædificio prępositus sit, si cum aliquo contraxerint obligare præponentem actione institoria, quòd hîc Vlpianus non scribit. Aliud verò ex eorum contractibus teneri eum qui præposuit, & quidem in solidum quod Vlpianus ex Seruio adfirmat. Nam tenetur quidem in solidum, sed ad exemplum institoriæ actionis potiùs quàm institoria actione vt in *d. l. si cum villico.* Non enim video quænam hîc diuersitatis ratio ad-

ferri possit. Ideóque nec quod in hoc §.scribitur, aliter verum esse puto, quàm si contractum sit ex aliqua causa ad præpositionis negotium pertinente, id est, si quid fortè insularius aut ædificio præpositus emerit, quod ad ædificij conseruationem aut ornamentum emi debuerit. Nam & in eo quæstus aliquis esse potest. Quemadmodum nec datur institoria, nec quasi institoria ex contractu villici, siquid cum eo contractum sit ad fructus percipiendos, sed ita si distrahendis quoque fructibus præpositus fuerit, *d.l.si cum villico.* Planè quod hîc additur de eo qui præpositus sit frumento coemendo, nullam dubitationem recipit, cùm incidat ea res in emendi vendendíve negotiationem. Iunge Paulum *libr. 2. Sententiar. tit.8.§.2.*

2 ¶ Labeo quoque scribit, siquis pecuniis fœnerandis, agris colendis, mercaturis, redempturísque faciendis præposuerit, in solidum eum teneri.

Ad §. 2. Labeo quoque scribit.

Alia hîc exempla proponuntur eorum qui æquè institores propriè dici possunt, & ex quorum contractibus eos qui præposuit, in solidum teneri, æquissimum est. Nec tantùm quasi institoria, sed verè institoria, quoniam & ipsi verè sunt institores, qui scilicet vel pecuniis fœnerandis, vel agris colendis, vel mercaturis, redempturísque faciendis præpositi sunt. Nam & his omnibus modis captatur quæstus ex actu institoris, quod sufficit, vt huic actioni locus esse possit *l. 1. in princip. supr. l. si cum villico 16. infr. hoc tit.* Neque hoc vllam certè recipit dubitandi rationem, dummodò caueamus, ne quod hîc dicitur de *redempturis*, intelligamus de redemptionibus captiuorum : sed de illis potiùs à quibus in iure nostro dicuntur Redemptores, id est architecti, qui suis cæmentis alij ædificant, de quibus diximus in *l. redemptores, 39. supr. de rei vindic. l. vlt. §. penult. si mens. fals. mod. dixer.* Nec enim de captiuorum redemptione tantopere laborabant prudentes nostri, vt digna res ea videretur, quæ transiret in negotiationem, quam sola pietas Christianorum Imperatorum, vt alia pleraque sanctissima, induxit.

3 ¶ Sed etsi in mensa habuit quis seruum præpositum, nomine eius tenebitur.

Ad §. 3. Sed etsi in mensa.

RAT. DVBIT. In mensa neque emitur neque venditur, sed pecuniæ aut fœnerantur aut numerantur. De eo autem qui pecuniis fœnerandis præpositus est, iam diximus. In pecuniis verò numerandis extra causam fœnerandi quæstus nullus esse videtur.

DEC. Negotiatio est, & quidem quæstuosissima, siquis mensulariam aut argentariam, siue per se, siue per institorem exerceat, nec fit ea negotiatio, vt neque cæteræ nisi quæstus gratia, *leg. 4. §. sed & filiusfamilias, & pass. supr. de edend.* Neque verò emptionibus tantùm & venditionibus rerum commercia constant, sed aliis plerisque omnibus contractuum generibus: Quidni ergo etiam hoc casu institoria locum habebit?

4 ¶ Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarij, vel lintearij dant vestem circumferendam, & distrahendam: quos vulgò circuitores appellamus.

Ad §. 4. Sed etiam eos.

RAT. DVB. Illi quibus vestiarij, vel lintearij, id est qui vestes, & lintea distrahunt, dant vestem, aut quam aliam eius generis circunferendam & distrahendam, habent aliud nomen magis proprium & enixioris significationis. Circuitores enim appellantur, quia totam circumeunt ciuitatem, vt emptorem conquirant. Ergo institores dicendi non sunt.

DEC. Etiam institorum nomen istis conuenire posse placuit : quia hæc quoque species quædam negotiationis est, cui præponuntur, & quod habent aliud nomen vilius circuitorum, facere non debet quin etiam institores dici possint, vt ex eorum contractibus is qui eos præposuit, actione verè ac propriè institoria teneatur, cuius actionis vsum dilatari ac propagari in plures casus pluribus institorum speciebus introductis, vtilius sanè est Reipublicæ quàm coarctari, coarctata institorum appellatione & ad vnam aut alteram negotiationem restringi.

5 ¶ Sed & muliones quis propriè institores appellet.

Ad §. 5. Sed & muliones.

RAT. DVBIT. Muliones ij demùm sunt, qui mulos agunt, vt & agasones qui asinos *leg. vlt. supr. si quadrup. pauper. fecisse dicat.* nec aliam vllam habent negotiationem. Quomodo igitur institores dici propriè possint?

DEC. Est quoque hæc species quædam negotiationis, nec suo eóque interdum magno quæstu carens : Ergo nihil vetat etiam muliones propriè dici institores, tantóque magis ex proprietate vocabuli quod agendis mulis semper instant & insistunt,

insistunt, & plerumque ij ad quos huius negotiationis quæstus refertur, exercent eam per alios, ex quorum proinde tanquam institorum suorum contractibus obligari eos, & conueniri actione institoria æquissimum est. Quidni ergo muliones quoque tanquam institores ad hunc titulum pertineant? Ex hoc sanè & ex præcedente §. & sequentibus intelligimus institorum & nomen & officium esse vilissimum, meritòque institores ab exercitoribus esse separatos, vt diximus ad *legem primam supr. de exercitoria actione.*

6 ¶ Item fullonum, & sarcinatorum præpositus: tabularij quoque, loco institorum habendi sunt.

Ad §. 6. Item fullonum.

RAT. DVBIT. Viliora esse videntur hæc officia fullonum, sarcinatorum, & stabulariorum, quàm vt permitti eis debeat, habere præpositos, per quos negotiationem istam exerceant, & institores. Nam habere institores eorum maximè est, quos decentius sit negotiationem aliquam per alios, quàm per seipsos exercere.

DECID. Habent etiam isti suam negotiationem quæstus gratia, nec proinde prohibendi sunt, quominùs suos quoque habeant præpositos, qui si minùs digni sint, qui institores dicantur, institorum tamen loco habeantur, quantum ad hanc actionem pertinet, id est, ad obligandum dominum institoria vel saltem quasi institoria actione, vt huius edicti vtilitas quàm latissimè fieri potest, extendatur.

7 ¶ Sed & si tabernarius seruum suum peregrè mitteret, ad merces comparandas, & sibi mittendas: loco institoris habendum, Labeo scripsit.

Ad §. 7. Sed & si tabernarius.

RAT. DVB. Tabernarius, id est, qui tabernæ ab alio præpositus est, iam institor ipse est domini qui eum præposuit tabernæ *l.3. supr.* Ergo alium institorem habere non potest, ne detur progressus in infinitum, si institoris institor admittatur. Proinde etiamsi seruum suum peregrè miserit ad merces comparandas, & sibi mittendas: non debebit ille dici institor ad tabernarium ex eius contractu obligandum. Tabernarius enim ex hoc edicto ipse est, qui obligat dominum, à quo præpositus fuit, non qui ex alterius contractu obligatur.

DECID. Institor quidem propriè non est, qui ab alio institore præponitur: sed tamen institoris loco haberi commodè potest, cùm & ipse præpositus sit certæ negotiationi, licèt ab institore non à domino. Hoc verò sufficit, vt huius tituli vtilitas ad hunc quoque casum porrigatur, id est, vt ex huius præpositi contractu tabernarius si non institoria saltem quasi institoria teneatur. Quod in his omnibus qui non propriè institores, sed institorũ duntaxat loco sunt, generaliter admittendum esse arbitror, vt ex ipsorum contractibus non detur actio institoria, sed quasi institoria, id est, ad exemplum institoriæ, vt in *l. si cum villico 16. infr. & in §. prox. infr. l. Iulianus. 13. §. si procurator infr. de action. empt.* quia & ipsi ad exemplum institorum sunt. Caue tamen ne putes ex huius præpositi contractu dari actionem vllam in tabernarij dominum (is enim tabernarium duntaxat non etiam hunc præposuit) sed in tabernarium ipsum à quo solo fuit ille præpositus.

8 ¶ Idem ait, si libitinarius, quos Græcè νεκροθάπτας, id est, *mortuorum sepultores* vocant seruum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliauerit, dandam in eum quasi institoriam actionem: quamuis & furti, & iniuriarum actio competeret.

Ad §. 8. Idem ait.

RAT. DVB. Si libitinarius, id est, mortuorum sepultor seruum pollinctorem habuerit, id est, cuius opera vtebatur vt pollinceret, lauaret, & ablueret cadauera, & is pollinctor mortuum spoliauerit, constat pollinctorem hunc teneri, & furti actione ciuili, & iniuriarum, cùm & lucrandi furandique animum habuerit, & cadaueri aut potiùs defuncto, iisque ad quos funeris cura & impensa pertinet, iniuriam fecerit. Ergo non est danda actio quasi institoria in libitinarium. Qui enim ciuilem actionem habet, qualis est furti, frustrà honorariam desiderat *l. 1. supr. de public. in rem act.*

DEC. Ad sepeliendi corporis curam & officium omnia pertinent, quæ circa mortui corpus facienda sunt, antequam sepulturæ tradatur, *l. & si quis 14. §. impensa l. funeris 37. supr. de religios. & sumptib. funer.* Ergo ad libitinarij onus id spectabat, vt mortui corpus pollinceret, ablueret, & lauaret. Id verò si non ipse fecit, sed per pollinctorem, quem in eam rem habebat, præstare maluerit, annon æquum est factum pollinctoris eum præstare, & ex eius persona quasi institoria actione conueniri? Cur non verò institoria, sed tantùm quasi institoria? An quia pollinctor iste non sit verè institor? Imò est cùm sit hæc quoque species quædam negotiationis quam & per alium exerceri si non humanius, certè optabilius, & suauius est. Sed quoniam institoria, non nisi ex institoris contractu competit, *l. 1. supr.* Hîc autem pollinctor non contraxit, sed deliquit: ideóque tenetur nimirum & furti actione, & iniuriarum, quæ ambæ sunt ex delicto actiones, sed cùm ambæ dentur ad pœnam, non ad rem ipsam persequendam, nec nisi contra ipsum pollinctorem, si liber homo sit, aut si seruus

libitinarij, vt in specie huius §. etiam quidem contra dominum, sed nõ nisi noxaliter, apparet necessariam esse heredi contra libitinariũ actionem quasi institoriam ad ea persequenda, quæ tam impiè subrepta sunt. Nec enim cõdictione furtiua teneri potest libitinarius, cùm neque fur ipse sit, neque furis heres *l. ex furtiu. 5. infr. de condict. furt.* multò minùs vindicatione, aut ad exhibendum, si spolia nec possideat, nec dolo desierit possidere, nec dolo fecerit, quominùs possideret. Est igitur notandus hic casus in quo datur quasi institoria ex delicto, cùm institoria dari non soleat, nisi ex contractu. Quamquam dici etiam potest videri quasi contractum cum pollinctore adhibito, & admisso ad lauandum corpus, postquàm à libitinario ei rei faciendæ præpositus fuit.

9 ¶ Idem Labeo ait: Si quis pistor seruum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, vt per dies singulos eis panem præstaret, conturbauerit: dubitari non oportet, quin si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

Ad §. 9. Idem Labeo ait.

Rat. dvb. Pistor solitus seruum suum in certum locum mittere ad panem ibi aut publicè aut priuatim pluribus vendendum, etsi pani vendendo præposuisse illũ videtur, non tamen æquè etiam ad hoc vt præsentem ab eis pecuniã acciperet in antecessum, &, vt loquimur *par auance*, ea lege vt per singulos dies eis panem præstaret. Ergo si seruus hic præsentem pecuniam ea condicione ac lege sibi prorogatam acceperit, deinde conturbauerit, id est, non satisfecerit, non ideò tamen aut institoria aut quasi institoria contra pistorem dãda est, cui nihil imputari potest, quique seruum hunc non ad hoc nominatim præposuit, in quo seruus fefellit.

Dec. Dubitari non potest, quin seruus hic pani vendendo præpositus à pistore fuerit, ideóque & ipsius institor in hac panis vendendi negotiatione dici debeat: non minùs quàm si frumento vel pani coemẽdo præpositus esset, vt in §. 1 *huius legis*. Quid enim inter hæc distat? Sed illud tantùm in facti quæstione discutiendum superest, an pistor hic scierit, voluerit, & permiserit, ita dari huic seruo eas summas in prorogationem pretij panis posteà exhibendi. Nam eo casu nec dubitari oportet, quin huius serui nomine pistor institoria teneatur. In hac autem facti quæstione spectãdum erit maximè an seruus ita negotiari solitus esset. Ex eo namque præsumemus facile, nihil nisi sciente ac permittẽte domino factum fuisse. Cæterùm si cùm non esset solitus seruus præsentes pecunias in antecessum accipere, sed panes quos deferebat præsenti tãtùm pecunia vendere posteà pecuniarum prorogationẽ admiserit, primaque aut altera die fidem fefellerit, ratio nulla est, cur pistor teneri eo nomine debeat: quia nec ad præsentes pecunias in antecessum & prorogationem accipiendas præposuisse illum videri potest.

10 ¶ Sed & cùm fullo peregrè proficiscens, rogasset, vt discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset, & fugisset: fullonem non teneri, si quorum procurator fuit relictus: sin verò quasi institor, teneri eum, planè si adfirmauerit mihi, rectè me credere operariis suis [a] non institoria, sed ex locato tenebitur.

Ad §. 10. Sed & cùm fullo.

Rat. dvb. Cùm fullo peregrè proficiscens rogauit amicum, vt discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret hoc ipso eum tabernæ præposuisse videtur, cùm discipulis suis minùs confideret, atq; ita fecisse illum institorem. Ergo si post fullonis profectionẽ quidam ex discipulis vestimenta polienda ab aliquo acceperit, & non redditis iis fugerit, dicendum est indistinctè fullonem aliũ qui discipulis imperare rogatus fuerat, teneri eo nomine tanquam institorem. Quid enim aliud est discipulis imperare quàm institorem esse? Constat autem, quod cum discipulis eorum qui officinis vel tabernis præsunt, contractum est, in magistros vel institores tabernæ in solidum actionem dari, vt Paulus scribit *lib. 2. sentent. tit. 8. §. vlt.*

Dec. Fullo qui peregrè proficiscẽs, rogauit amicum, vt discipulis suis imperaret, non satis apertè expressit, an procuratorem eum relinqueret, an institorem. Vtriusque enim perinde est vice domini & magistri discipulis imperare. Porrò multùm interest, an procurator ille relictus fuerit, an institor: si procurator, vtique teneri non potest, cùm & dolo & culpa omni careat: nec enim aliud quicquam præstare procurator debet *l. contractus 23. de reg. iur.* si verò institor, omnimodo tenebitur secundùm supradictam nõ tam Pauli, quàm prudentum omniũ sententiam. Quid ergo in dubio dicemus? Hoc enim nec Labeo nec Vlpianus aperit: puto ego accipiendam in obscuro eam interpretationem quæ procuratorem eum faciat potiùs quàm institorem, non solùm quòd fauorabilior semper sit & humanior ea interpretatio, quæ minùs obligat, *l. Arrianus 47. de oblig. & act. l. semper in dubio 56. de reg. iur.* sed etiam quia imputari potest ei qui cum discipulo cõtraxit, si hunc tanquam institorem obligare sibi voluit, cur non fuerit diligentior ille in inquirendo, an se pro simplici procuratore hîc gereret an pro institore: semper enim ei imputatur qui institoria vult agere quasi cum institore contraxerit, cur pleniùs deliberandi consilium non ceperit, in quo maximè differt institoria ab exercitoria, & institor ab exercitore *l. 1.* vbi diximus *suprà de exercit. action.* Denique actoris semper est probare suam intentionem & implere *l. 4. Cod. de edend. l. vlt. Cod. de rei vindic. l. actor quod asseuerat 23. C. de proba.* Ergò qui contra fullonem hunc agit institoria probare illum debet institorem *l. 2. infr. eod. ill. tit.* & nisi probauerit neque institoriam neque quasi institoriam habere potest, multò minùs verò in ea actione vincere.

a *Planè si adfirmauerit mihi, rectè me credere operariis suis,*

suis. RAT. DVB. Videtur hoc casu is qui adfirmauit mihi, rectè me suis operariis credere fateri se institorem non procuratorem, cùm alienos discipulos & operarios faciat suos. Ergo institoria actione teneri hoc saltem casu debet, non ex locato cùm non ipse, sed vnus ex operariis vestimenta acceperit.

DEC. Actio institoria cùm non nisi ex alterius contractu competat, nunquam potest concurrere cum alia actione præsertim ciuili, quæ cōpetat cōtra eundem institorem ex propria ipsius persona: cur enim patiamur ex alieno contractu conueniri & condemnari eum, qui non minore actoris vtilitate conueniri ex suo possit? Atqui in proposita specie is qui adfirmauit mihi rectè, me credere operariis suis, & vestimēta mea iis polienda dare, mecum ipse contrahit perinde atq; si magister ipse tabernæ idipsum mihi adfirmaret: aliquid enim promittit, & quidem pacta mercede vt mea dem eius discipulo vestimenta polienda. Ergo tenetur mihi actione directa ex locato quæ ciuilis actio est & bonæ fidei, in eóq; lōgè plenior & vtilior quàm institoria quę nec ciuilis nec bonę fidei actio est §. *actionū. Inst. de actio.*

11 ¶ Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit: sed ita, si eius rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est duntaxat ad id, quod eum præposuit.

Ad §. 11. *Non tamen omne.*

RAT. DVB. Etiamsi institor de ea re contraxerit, cui præpositus non fuit, verùm tamen est cum institore contractum esse. Ergo æquè hoc casu institoria locum habere debet.

DEC. Non sufficit institorem contraxisse, nisi vt institor contraxerit *leg. secunda*, vbi diximus *suprà*, id est, sub illa formalitate institoris: non potest autem videri contraxisse, vt institor si de ea re contraxerit, cui præpositus non est, cùm præpositio sola sit, quæ facit institorem: lex igitur & conditio præpositionis accuratè obseruanda est *l. sed si pupillus 11. §. conditio infr. l. 1. §. igitur præpositio supr. de exercit. act.* Denique institorem hîc non in concreto accipimus, sed in abstracto.

12 ¶ Proinde si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto action . Item si fortè ad emendum eum præposuero, tenebor dumtaxat ex vendito. Sed neque si ad emendum, & ille vendiderit: neque, si ad vendēdum, & ille emerit, debebit teneri: ídque Cassius probat.

Ad §. 12. Proinde.

RAT. DVB. Veteres his nominibus emptionis & venditionis promiscuè vtebantur, sicut & nominibus locationis & conductionis *l. veteres 19. & seq. inf. de action. empt.* Ergo qui ad merces distrahendas præpositus est, etiam ad emēdas præpositus videri debet, præsertim si quas emat, vt eas postea distrahat. Ex illa enim rerum commutatione magnus quæstus fit, cuius potissimùm gratia institorum vsus comparatus est *l. 1. l. si cum villico 16. inf. hoc tit.* Et verò nonne ad boni institoris officium pertinet, etiamsi vendendis tantùm mercibus præpositus sit, vt si videat posse se in iis emendis maiorem quæstum domino facere emendi occasionem non amittat.

DEC. Aliud est emere, aliud vendere; alius emptor, alius venditor, aliud merx, aliud precium *l. 1. infr. de rer. permut.* Ergo qui præpositus est ad merces distrahendas, non potest videri præpositus ad emēdas. Itaque si vendiderit, obligat quidem dominū actione institoria ex empto: sed si emerit, nō obligabit eum ex vendito. Contrà verò si præposuerit eum ad emendum & ille emerit, obligabit dominū actione ex vendito, sed si vendiderit, non obligabit eum ex empto: deniq; si cùm præpositus esset ad emendum, vendiderit, aut cùm esset præpositus ad vendendum, emerit, neq; ex empto neq; ex vendito domin⁹ tenebitur, vt hîc Vlpianus ex Cassio scribit. Obseruandum tamen est actiones istas ex empto & vendito quoties ex institoris contractu competunt, aduersus eum qui institorem præposuit nō directas esse, sed vtiles, quia scilicet ex alterius contractu dantur, nec tam summo iure quàm ex æquitate *l. Iulianus 13. §. si procurator infr. de act. empt.* vbi idē Vlp. noster ex Papiniano ait, si procurator vendiderit & cauerit emptori cum domino agi posse vtili actione ex empto ad exemplum institoriæ actionis, si modo vendendam rem mandauerit. Sed quod ibi additur. Ergo & per contrarium dicēdum esse vtilem ex empto actionē domino competere, intellige ex contractu procuratoris, non ex cōtractu institoris, neque enim ex contractu institoris vlla vnquam actio acquiritur domino, nisi in subsidium, si aliter rē seruare non possit *l. 1. & 2.* vbi diximus *supr.*

¶ 13 Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces præposito, locus est institoriæ. Idémque, & si ad pensionem pro taberna exsoluendam. Quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.

Ad §. 13. Sed si pecuniam.

RAT. DVB. Is qui pecuniam credidit institori ad emendas merces præposito non contraxit de ea re in qua præpositus fuit: aliud n. est præpositū esse ad emēdas merces, aliud verò ad mutuā pecuniam accipiendā. Idémq; est, si ad pensionē pro taberna exsoluēdā mutuatus sit. Quid. n. commune habet solutio pēsionis cū emptione mercium? DEC. Qui ad merces emēdas præpositus est, ad ea quoq; omnia in necessariū antecedens faciēda præpositus videri debet, sine quib. negotiū cui præpositus fuit explicare nō posset *l. 2. supr. de iurisd. omn. iudi. l. ad rem mobile 56. l. ad legatū 62. supr. de procu.* Atqui hic institor neque merces emere potuit sine pecunia, quā præsentē habere debet ac soluere, quisquis viliore precio vult emere, neque rursus tabernariam exercere nisi soluta pensione pro taberna. Ergo horū quoque omnium nomine præpositus esse intelligitur vt consequenter mutuā pecuniam accipiendo in has caussas obliget dominū institoria: sed hoc ita, nisi dominus expressim prohibuerit eum pecuniam mutuari. Nullús. n. coniecturæ, aut præsumptioni locus relinquitur in tam aperta domini voluntate, contra quam si contractum sit nulla ratio est, vt dominus

obligetur. Lex enim præpositionis omnimodo & districtè seruãda est, vt diximus ad §. *nõ omne* 11. *sup. ex l. sed si pupillus.* 11. §. *condicio infr. hoc tit.* sicut & constituto procuratore, mandati fines diligenter custodiendi sunt, quoties certa forma præscripta est, *l. 5. l. si quis pro eo 46. infr. mandat.*

14 ¶ Si ei, quem ad vendendum, emendúmve oleum præposui, mutuum oleum datum sit: dicendum erit institoriam locum habere.

Ad §. 14. *Si ei, quem.*

RAT. DVBIT. Qui præpositus fuit ad oleum vendendum emendúmve, non potest dici præpositus fuisse ad oleum mutuum accipiendum. Aliud enim est, emere aut vendere, aliud verò mutuum accipere, cùm hi contractus toto genere differant. Contractus enim emptionis & venditionis consensu perficitur, & bonæ fidei est. Mutuum verò non nisi re contrahitur & stricti iuris est. Ergo institoria hoc casu locum habere non potest ex contractu institoris circa eam rem, cui non fuit præpositus.

DEC. Is qui ad emendum vendendúmve oleum præpositus est, nihil facit contra legem præpositionis, si oleum mutuum accipiat, cùm acceptum mutuum possit vendere, quamuis non emere: sed tamen vbi vendiderit etiam ex precio venditionis aliud emere poterit, atque ita præpositionis legi satisfacere si ad emendum tantum præpositus fuit. Quanquam malo hunc §. intelligere de eo qui ad totam negotiationem olei præpositus sit, id est, siue ad vendendum, siue ad emendum oleum. Denique sunt ista omnia vel antecedentia vel consequentia quædam eius negotiationis, cui præpositus est institor: quod sufficit vt institoria locum habere possit §. *idem fideiussori* 16. *infr.*

15 ¶ Item si institor, cùm oleum vendidisset, annulum arræ nomine acceperit, neque eum reddat: dominum institoria teneri. nam eius rei, in quam præpositus est, contractum est: nisi fortè mandatum ei fuit, præsenti pecunia vendere. Quare si fortè pignus [a] institor ob pretium acceperit, institoriæ locus erit.

Ad §. 15. *Item si institor.*

RAT. DVB. Institor præpositus ad oleum vendendum non fuit præpositus, vt arras vllas aut annulum pro arris acciperet. Est enim contractus arrarum alius & separatus à contractu venditionis *l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.* præsertim cùm id quod arræ nomine datum est pars precij esse non potest, vt annulus in hac specie & in *l. ex empto.* 11. §. *is qui vina. de act. empt.* Ergo si soluto venditi olei precio institor annulum non reddat, institoria teneri dominus eo nomine non potest.

DEC. Institoria competit quoties eius rei nomine contractum est, cui præpositus quis fuit *l. 1. & §. non tamen hac ipsa lege supr.* Atqui cùm arræ accipiuntur in symbolum & testimonium perfectæ venditionis, cui præpositus institor fuit, illud ipsum negotium geritur, quod ex præpositione geri debuit, licèt in lege præpositionis nihil de annulo aut de arris dictum sit. Sunt enim ista consequentia venditionis *l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* adeò vt si post arras datas conuenerit, vt emptio irrita fieret ex empto quoque agi possit ad hoc, vt arra restituatur *d.* §. *is qui vina.* Ergo multò magis dicendum est manente venditione, solutóque precio si institor annulum arræ nomine datum retineat, institoria actione dominum eo nomine teneri, vt annulum reddat. Sed addenda exceptio est, quam Vlpianus hîc non prætermisit, si non mandatum fuerat institori, vt præsenti pecunia venderet. Quo casu nihil est quod de arrarum aut datione aut restitutione tractari possit. Plerique verò ita fieri mandant, ne de precio soluendo postea litigandum sit. Qua ratione meritò placuit, vt pignora quæ in iudicati executione distrahuntur præsenti pecunia vendi oporteat *l. à diuo Pio* 15. §. *sed si emptor infr. de re iudic.* ne alioqui fiant de lite lites, si cum improbo & perfido emptore res sit, quemadmodum nec voluit Prætor in executione iudicati obligationes ex obligationibus fieri *l. 4.* §. *ait Prætor eod. tit.*

a *Quare si fortè pignus.* RAT. DVB. Non fuit præpositus ad accipiendum pignus institor, qui ad vendendum præpositus est: aliud enim est vendere, aliud pignus accipere. Ergo si pignus acceperit institor pro precio venditionis, nec soluto precio velit pignus reddere, non idcircò dominus institoria actione de reddendo pignore conueniri poterit. Quomodo dicimus dominum, qui seruo suo pecuniam credi iussit, non ideò videri iussisse, vt pignora quoque seruus daret *l. dominum* 3. *infr. quod iuss.*

DEC. Is qui præpositus fuit ad vendendum, præpositus videtur ad ea quoque omnia facienda, per quæ contractus causa in tuto collocari possit. Parum enim est vendere, nisi vel precium accipias, vel saltem precij nomine cautum habeas. Hoc verò fit potissimùm acceptis fideiussoribus aut pignoribus *l. si mandatu* 59. §. *vlt. infr. mandat. l. 4.* §. *addici infr. de fideic. libert.* Ergo neque hic institor pignus accipiendo quicquam facit contra legem præpositionis, nisi ei mandatum fuerat, vt præsenti pecunia venderet. Nam ad hunc quoque casum, vt & ad præcedentem exceptio hæc accommodanda est, cùm si venditio fieret præsenti pecunia, non magis de pignore, quàm de annulo pro arris accipiendo tractari posset. In summa pignoris obligatio nihil nisi accessio quædam est ad principalem, & ad idem negotium principale pertinet, de quo contractum est. Proinde si pignus acceptum nolit institor soluto precio reddere, non potest dominus recusare, quominus idipsum præstet institoria actione.

Ad §. 16.

16 ¶ Item fideiussori, qui pro institore interuenerit, institoria competit, eius enim rei sequela est.

Ad §.16. Item si fideiussori.

RAT. DVB. In pręposítione institotis nihil dictū est de dando per eum fideiussore. Ergo si dederit, extra legem præpositionis illud est, & cōsequenter fideiussori dominus institoria obligari non potest.

DEC. Datio fideiussoris nihil nisi sequela quædam & accessio est principalis negotij, quod contractum fuit. Multa enim negotia sunt, quę sine fideiussore expediri, vel nullomodo, vel non satis commodè possunt. Ergo ad illam quoque pręposítionis lex debet extendi, vt & ad cætera omnia, quæ vel antecedentia vel consequentia sunt necessaria, §. *sed si pecuniam* 13. vbi dixi *supr.* Malè hîc vulgò legitur, *Idem* pro *Item.*

17 ¶ Si ab alio institor sit præpositus, is tamen decesserit, qui præposuit, & hæres ei extiterit, qui eodem institore vtatur: sine dubio teneri eum oportebit: necnon si ante aditam hereditatem [a] cum eo contractum est: æquum est ignoranti dari institoriam actionem.

Ad §.17. Si ab alio.

RAT. DVB. Præpositio finitur morte pręponentis, sicut & mandatum morte mandantis, non minùs quàm morte prępositi ipsius vel mandatatij, §. *item si adhuc Instit. de mandat.* Omnis enim præpositio habet mandatum, licèt non contra §. *item si institor supr. hac lege.* Rursus præpositio nulla fit sine expressa declaratione voluntatis, §. *non tamen omne supr.* Atqui cùm decessit is qui institorem præposuit, licèt heredem aliquem reliquerit, verum tamen est institorem ab herede præpositum non fuisse. Ergo quamuis heres eodem institore vtatur, nihilo magis tamen ex eius persona & contractu conueniri potest institoria, cùm nunquam eum præposuerit.

DEC. Præposuisse hunc institorem videtur heres, ab ipso quod eum non remouerit: debuerat enim remouere, si eius opera vti nolebat *l. sed si pupillus* 11. *in princip. infr.* alioqui facilè per eius dissimulationem & silentium deciperentur contrahentes, quod non est ferendum, *d. l. sed si pupillus §. condicio in fin. l. mulier* 11. *C. de distract. pignor.* Nec quemadmodum prima præpositio exigit expressam voluntatem præponentis: ita & ea quæ ab herede fit, quippe quæ non tam noua præpositio quàm præcedentis tacita cōfirmatio quædā sit. Faciliùs enim est, vt quid tacitè confirmetur, quàm vt tacitè fiat §. *non tantùm Inst. de codicill. iunct. l. ante tabulas* 5. *inf. de iur. codic.* Neq; hoc tantùm casu, sed aliis etiam plerisque euenit, vt multa facta teneant, quæ fieri prohibentur, *vulg. l. patre furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt l. qui in potestate* 6. §. 1. *qui test. am. facer. poss. infr.*

a *Necnon si ante aditam hereditatem.* RAT. DVB. Non potest hoc in casu, vt in superiore, imputari heredi aut alij vlli cur institorem à defuncto præpositū non remouerit, quia nemo ante aditā hereditatē heres fit: aditio siquidem non heredis institutio, aut hereditatis delatio illa est, quæ facit heredem, *l. 1. l. aditio* 45. *& pass. de acq. hered. l. precia rerū* 63. *in fin. princip. inf. ad leg. Falcid.* Et quamuis hereditas iacens personam defuncti repræsentare censeatur, *l. non minus* 31. §. 1. *de hered. inst. l. hereditas enim* 34. *de acquir. rer. domin.* Cùm tamen nonnisi ficta persona sit & eorum omniū incapax, quæ sunt facti *l. 1. §. Scæuola si is qui test. lib. ess. iuss.* & in quibus factum personæ, operæve substantia desideratur, vt Hermogenianus loquitur in *l. hereditas in multis* 61. *de acquir. rer. domin.* Certum est non magis hereditati quàm defuncto posse imputari, cur præpositum nō remouerit, quod facti est, & voluntatis. Ergo sibi imputet is qui cum institore ante aditam hereditatem contraxit.

DEC. Ignorari probabiliter potest, an decesserit néene, is qui institorem præposuit, quia id facti est, & quidem alieni, cuius ignorantia semper probabilis est *l. vlt. infr. pro suo.* Nemini autem iusta sua ignorantia captiosa esse debet, quia nec imputari cuiquā potest, cur id ignorauerit, quod scire non tenebatur. Alioqui facilè circumuenientur plerique cum institore contrahentes, quem vident mercem adhuc exercere perinde ac viuente domino quem ignorāt decessisse. Ergo æquum est, ignoranti dari actionem institoriam non aduersus hereditatem ipsam, quæ quoniam persona ficta est, actiones neque exercere, neque excipere vllas potest, sed aduersus heredem quandocunque adeuntem, quia & adeundo quandocunque iam inde à die mortis adiisse retrofingitur *leg. heres quandoque* 54. *infr. de acquir. hered.* Ergo si is qui cum institore ante aditam hereditatem contraxit, non ignorauerit dominum decessisse, aliud dicendum erit, quia debet sibi imputare, qui sciens reuocatam morte præpositionem nihilominus cum institore contraxit. Quod Vlpianus noster apertè expressit addita dictione *ignoranti* ad exclusionem scientis. Quamuis valde obstet quod ex Paulo scriptum legimus in eadem prorsus specie, non esse imputandum ei qui sciens dominum decessisse, cum merce institorem exercente contraxit, *in l. si quis mancipiis* 17. §. *eius contractus infr. hoc tit.* Sed corruptus ille locus est, & pro *sciens* legendum *nesciens*, vt ibi dicemus, & iam docuimus *libr. 2. Coniect. cap.* 11. Idque ita esse præter manifestam iuris rationem, hîc maximè locus ostendit.

18 ¶ Sed etsi procurator meus, tutor, curator, institorem præposuerit: dicendum erit, veluti à me præposito, dandam institoriam actionem.

Ad §. vlt. Sed etsi procurator.

RAT. DVB. Actio institoria sicut datur ex contractu eius qui præpositus est, ità nec contra alium, quàm qui ipse præposuit, & qui imputare sibi debet cur præposuerit, *l. sed etsi* 7. §. *vlt. infr. hoc tit. l. 1. §. cuius autem & §. vnde quærit Ofilius supr. de exercit. act.* Atqui siue tutor vel curator meus, siue procurator institorem præposuerit, non ego sum qui præposui & alium fortasse præposuissem, si arbitrij mei ea res fuisset. Ergo non ego institoria conueniri debeo, sed vel procurator meus vel tutor vel curator qui pręposuit.

DEC. Factum procuratoris domini factum est, debétq; sibi imputare qui talem elegit procuratorē, id est minùs sagacem, aut minùs fidelem qui meliorem institorē non præposuerit. Quod enim quis per procuratorem suum facit per seipsum facere videtur,

l.ita autem 5.§.quòd si quis infr.de authbor.tutor.l.si quis 7.§.vlt. supr. de iurisd. & quod procurator facit tanquam procurator non suo nomine facit, sed alieno *l.1.§.vlt.inf.de oper.noui nunciat.* Idémque dici potest de minoris curatore quem sibi minor elegerit. Non enim datur nisi petenti præterquam ad lites, *§.item inuiti inst. de curat.* Pupillus verò etsi non tutorem sibi eligit, sed in eum potius incidit, vt Papinianus loquitur in *l.vlt.infr.rem pupill.salu.for.* præposuisse tamen & ipse videtur eum quem tutor præposuit, non minùs cùm tutor solus eum præposuit, quàm si pupillus ipse tutore: authore præposuisset omnia enim quæ potest facere pupillus cum tutoris authoritate, ea tutor solus per se potest expedire, si quædam excipias quæ personalissimum pupilli factum requirunt, vt aditio hereditatis alienę *l.potuit 5.C.de iur.delib.iunct.l.pen.de author.tutor.l.ex contractu 45.de reiudi.* & quemadmodum non malè contrahitur cum tutoribus *l.4.in fin.infr.de euict.* ita neque cum eo qui à tutore in pupillari negotiatione præpositus est, sicut nec cum eo cum quo iussit tutor contrahi vt in *l.2.inf.quod iuss.* Alioqui magno incommodo afficerentur pupilli, quibus ea ratione institorum quodãmodo vsu & commercio interdiceretur *arg.l. quod si minor 24.§.1.supr. de minor.* præsertim cùm si quid in ea re vel dolo vel culpa procuratoris, aut tutoris aut curatoris factum est, ex quo dominus vel pupillus vel minor damnum aliquod senserit, totum id actione mandati, vel tutelæ vel negotiorum gestorum farciendum sit: nec aliud in furiosi vel prodigi curatore iuris est, qui passim & ferè in omnibus tutori æquiparatur, itémque curatori adolescentis, & procuratori vt in *l.1.§.vlt.iunct.d.l.2.quod iuss.* Benè igitur Vlpian. generaliter scribit, si procurator meus, aut tutor, aut curator institorẽ pręposuerit, veluti à me præposito eo, dãdã cõtra me institoriã actionẽ.

6. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd & in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria.

Ad l. Sed & in ipsum 6.

RAT. DVB. Ex eo contractu qui meo nomine à procuratore meo gestus est actio, non ideò contra procuratorem dari potest meo nomine, quia datus procurator ad contrahendum meo nomine, non æquè ad excipiendas pro me actiones datus intelligitur: nouo enim mandato in eam rem opus est, multomagis dicẽdum est, non posse procuratorem conueniri ex eo contractu, quem non ipse interposuerit, sed institor qui ab eo præpositus est meo nomine, vt in hac lege. Quamuis si quid procurator ipse promiserit, etiam tanquam procurator, conueniri ex eo cõtractu possit actione directa, dominus verò non nisi vtili ad exemplum institoriæ, & quidẽ ita demùm si procurator soluendo sit, vt eleganter Papinianus ait in *l.in eum 19.in princ.infr.* quomodo intelligi debet quod ex eodem Papiniano Vlpianus scribit in *l.Iulianus 13.§.si procurator de action.empt.* sic dicimus in procuratorem, quamuis condemnatum non debere fieri executionem iudicati, nisi aut in rem suã datus sit, aut vltrò liti se obtulerit *l.Plautius 61.supr.de procurat.l.4.in prin.inf.de re iudic.* Ergo ex contractu inito per institorem quem procurator meus præposuit, non contra procuratorem meum, sed contra me dari debet actio institoria.

DEC. Procurator cui generaliter libera rerum omnium administratio data est, omnia omnino potest facere, quæ constituens ipse posset, nec tantùm agere, exigere, soluere, solutionem accipere, aliud pro alio permutare *l.procurator cui 58.& seq.supr. de procurat* sed etiam actiones excipere & conueniri, non quidem suo nomine, sed procuratorio, vt hæc lex apertè probat: longéque aliud est quærere, an procurator ex suo contractu conueniri possit suo nomine, de quo nec dubitandum est, an procuratorio, de quo solùm hîc agitur. In tutorem sanè pupilli nomine agi potest ex contractu institoris à tutore ipso præpositi: non enim plus iuris & potestatis habet procurator, cui libera rerum omnium administratio concessa est, quàm tutor ad excipiendas pupilli nomine actiones omnes, itémque curator minoris nomine *leg. 2. infrà de administr. tutor.*

7. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd & si quis meam rem gerens præposuerit, & ratum habuero: idem erit dicendum.

Ad l. Sed & si quis 7.

RAT. DVB. Ratihabitio non æquiparatur mandato, in his in quibus mãdatum præcedere debeat, puta cùm filiusfamilias iussu patris, vel seruus iussu domini hereditatem adire debet *l.qui in aliena 6. in princip.& §.1.l.si quis mihi 25.§. iussum de acquir. hered.* aut ad inducendam actionem, quod iussu *l.si res 5.§.quod seruus infr.de in rem vers.l.1.§.si ratum,* vbi deest certè negatio, vt ibi docebimus *infr.quod iuss.* Atqui in actione institoria præpositio domini debet præcedere contractum institoris, nec sufficit, vt ratũ habeam contractum illius qui tanquam institor meus contraxit, cùm à me nondum esset præpositus cùm præpositio sola sit quæ facit institorem & ex contractu institoris dominum obligat, vt toties diximus. Ergo si quis negotia mea gerens sine mandato aliquem negotiationi certæ institorem meo nomine præposuerit, quamuis ratum habuero, non ideò tamen idem dicendum est, quod in superiore casu, vt ex eo contractu institoris conueniri possim, atque si procurator meus eum præposuisset: differentia enim illa est inter procuratorem & negotiorum gestorem, quod procurator mandatum præcedẽs habet, negotiorum gestor non habet. DEC. Ratihabitio æquiparatur mãdato quantũ ad hoc vt quod negotiorum gestor, fecit citra mãdatum, secuta ratihabitione à domino ipso factum videatur, vnde est, quòd ei qui institoria conuentus aliquid præstitit datur etiam interdum pro sua indemnitate actio non tantùm mandati, sed etiam negotiorũ gestorum *l.1.* vbi diximus in illis verbis *vel negotiorũ gestorum sup.hoc tit.* In proposita verò specie pręcesserat prępositio, facta scilicèt à negotiorũ gestore, vt proinde mirũ nõ sit ex cõtractu institoris, ita præpositi institoriam dari non contra præponẽtem ipsum, sed contra dominum cuius negotia gesta sunt, & qui eam prępositionẽ ratam habuit *l.vlt.C.ad SC.Maced.*

I § Patui

1 ¶ Parui autem refert, quis sit institor masculus an fœmina: liber, an seruus: proprius, vel alienus. item quisquis præposuit. Nam & si mulier pręposuit, competet institoria, exemplo exercitoriæ actionis. &, si mulier sit præposita, tenebitur etiã ipsa. Sed & si filiafamilias sit, vel ancilla pręposita: cõpetit institoria actio.

Ad §. 1. Parui autem refert.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. 1. §. parui autem refert 16. & §. in potestate 21. supr. de exercit. act.* vbi circa exercitoriam actionem idipsum Vlp. scribit, quod hic circa institoriam, nihil referre quis nauem exerceat, & quis magistrum nauis pręposuit, an masculus, an fœmina, an paterfamilias, an filiusfamilias, vel seruus. Dum ne sit pupillus qui si nauẽ exerceat, indiget tutoris authoritate, vt obligetur. Nã quemadmodum exercitor præponit magistrum nauis, ita & dominus vel domina institorem. Illud certè in exercitoria & institoria diuersum est, quod ad regendam nauem neque mulieres, neque impuberes eliguntur, quomodo tabernæ præponi possunt, vt scribitur in fine huius legis & in *l. seq.* Itaque in institoria nihil interest, quis præponat aut præponatur, in exercitoria potest quilibet præponere excepto pupillo, at non quilibet præponi potest: nimirum quia longè plus & animi, & ingenij & virium requiritur ad regendam nauem, quàm ad curandam tabernam. Ergo siue mulier præposita sit, tenebitur ex suo contractu, siue præposuerit, tenebitur institoria, exemplo exercitoriæ actionis, vt hic Vlpianus ait. Quomodo Imperatores in *l. & si à muliere 4. Cod. hoc titul.* scribunt è contrario mulierem quæ magistrum nauis præposuit ex eius contractibus teneri exercitoria ad exemplum institoriæ actionis, nimirum eadem prorsus æquitas in duabus his actionibus locum habet, & quantum ad omnia ferè, perpaucis exceptis, in vtraque ius idem inducit, vt Iustinianus ait in *§. eadem ratione Inst.* Quod cum eo iunctis iis quæ dixi ad *l. 1. in princip. & in §. licet autem 20. supr. de exercit. act.*

2 ¶ Pupillus autem institor obligat eum, qui eum præposuit, institoria actione: quoniam sibi imputare debet, qui eum præposuit.

Ad §. 2. Pupillus autem.

RAT. DVB. Pupillus ab alio præpositus institor nõ potest obligari ei, qui ipsum præposuit, nisi præpositus sit tutore authore, quia ex nullo contractu obligatur pupillus absque tutoris authoritate *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Ergo nec obligare ex suis contractibus dominum potest, ne alioqui omni iuris auxilio destituatur is, qui pupillũ institorem præposuit, cùm neque contra eum, qui cum institore contraxit, neque contra pupillum ipsum pro sua indemnitate actionem habiturus sit *l. 1.* vbi diximus *sup.* Iniquum enim est in eo contractuum genere qui vltro citroq; obligatorij sunt, ex vno tantùm latere contrahi obligationem, non etiam ex altero *l. Labeo 19. de verb. signific. l. 3. §. vlt. infr. mandat.* DEC. Imputare sibi debet is, qui pupillũ præposuit institorem, sicut & qui procuratorem *l. 3. §. vlt. sup. de minor. l. cùm mandatu 23. eod. tit. l. 1. §. cuius autem & §. vnde quæris Ofilius sup. de exercit. action.* Nec damnum proinde vllum sentire videtur, quod ex sua culpa sentit *l. quod quis 203. de regul. iur.* Sciuit enim aut scire debuit, nõ posse pupillum obligari sine tutoris authoritate, ideoque tutoris pręsentiam & authoritatem adhibere debuit, si id agebat, vt pupillum sibi obligaret. Neque nouum est, vt si quis cum pupillo sine tutoris authoritate contrahat etiam eo contractus genere, quod sit vltro citroque obligatorium, ex vna tamen duntaxat parte nascatur obligatio. Is enim qui cum pupillo contrahit, ei obligatur, non etiam pupillus ipsi *l. Iulianus 3. §. si quis à pupillo antep. infr. de action. empt.* Idque est quod nostri solent dicere, contractum hoc casu claudicare, quia ex vno tantùm latere constat. Iunge *l. verum 9. infr.*.

8. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

NAm & plerique pueros, puellásque tabernis præponunt.

Ad l. Nam & plerique 8.

Eadem dubitandi & decidẽdi ratio est quæ ad §. 1. *legis præcedentis.* Nã & sexus & ætatis infirmitas videbatur obstare, ne pueri, id est, impuberes puellæque tabernæ præponi possent. Sed tamen publicè vtilius est, iam inde ab ea ætate assuefieri cuiuscunq; sexus personas vidẽdis, audiendis, tractandisq; leuioribus saltè negotiationibus, quarũ ætas illa capax esse potest. Iunge *l. 1. §. de eo & l. & ancillarum 27. infr. de pecul.*

9. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VErùm si ipse pupillus præposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur, si minùs non.

Ad l. Verùm si ipse pupillus 9.

RAT. DVB. Pupillus etiamsi institorem præposuerit sine tutoris authoritate, attamẽ ex institoris contractibus lucrum & commodum sentire potest. Nihil enim vetat pupillum etiam sine tutoris authoritate sibi acquirere *l. obligari 9. de author. tutor.* Ergo & ex eiusdẽ institoris contractibus eũ obligari æquum est. Ex generali illa ratione & regula æquitatis quæ actionem hanc introduxit de qua in *l. 1. supr. l. ex qua persona 149. de regul. iur.* DEC. Sibi quidem acquirere pupillus sine tutoris authoritate potest, sed obligari non potest *d. l. obligari.* Ergo nec institorem præponere, quoniam qui præponit ad hoc se obligat, vt institoria conueniri ex institoris actibus quandoque possit. Planè si citra tutoris authoritatẽ præposuerit, & ex actu institoris locupletior factus sit, eatenus dabitur in eũ actio, ne ex aliena iactura locupletetur, vt scriptum est in *l. seq.* Idem & in exercitoria actione iuris est *l. 1. §. parui autem refert in fin. supr. de exercit. act.*

10. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

EAtenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex ea re locupletior est.

Ad l. Eatenus 10.

Rat. dvb. Imputare sibi debet, qui cum institore contraxit præposito à pupillo sine tutoris authoritate, cùm sciuerit aut scire debuerit non posse pupillum ex ea præpositione obligari, saltem ciuiliter aut iure prætorio, ad hoc vt institoria conueniri possit *d.l. obligari 9. de author. tutor.* Nec eo minùs tamen obligari pupillo eum qui cum ipso aut cum ipsius procuratore vel institore contrahit, vt diximus ad §. *vlt. l. sed etsi 7. supr.* Ergo quamuis ex eo institoris actu locupletior factus sit pupillus. Non ideo tamen danda videtur contra eum actio institoria, ne quidem eatenus quatenus locupletior factus est, cùm nec damnum vllum sentire videatur, quod ex culpa sua sentit, is qui cum eo institore contraxit *l. quod quis 203. de reg. iur.* perinde atque si cum ipso pupillo sine tutoris authoritate contraxisset *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo antep. infr. de act. empt.* Dec. Generalis illa æquitas illa est, & ad pupillum quoque porrigenda quæ dictat neminem ex alterius iactura locupletiorem fieri debere *l. iure natura 206. de reg. iur. l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. supr. de condict. indeb. l. vlt. de iureiur. l. 3. in princip. supr. commod. l. 4. §. si quis pupillo 4. infr. de doli mal. except. l. in pupillo 47. l. si pupilli 66. de solut. l. vlt. C. de vsucap. pro emptor. §. vlt. Instit. quib. alien. licet vel non.* Nec iam dubitatur post rescriptum Diui Pij quin pupillus locupletior factus, & obligetur ciuiliter & conueniri possit, vtili actione quatenus locupletior factus est *d. l. 3. in princip. supr. commod. l. 3. §. pupilli sanè l. Nesennius 34. supr. de negot. gest.* Ergo si ex actu institoris sui pupillus locupletior factus sit, quamuis eum sine tutoris authoritate præposuerit, eatenus tamen in eum dari actionem institoriam æquum est, quatenus locupletior factus sit. Nam neque pupillo permissum esse debet, occasionem iuris ad iniustum compendium suum trahere *d. l. vlt. C. pro emptor.* quia id sine dolo malo fieri non potest *l. si quis mancipiis 17. §. penult. infr. hoc tit.*

11. Vlpianvs libro 28. ad Edictum.

Sed si pupillus heres extiterit ei, qui præposuerat: æquissimum erit, pupillum teneri, quandiu præpositus manet. remouendus enim fuit à tutoribus, si nollent opera eius vti.

Ad l. Sed si pupillus 11.

Rat. dvb. Ætas pupilli etiam illa ignorat, quæ videt *l. vnic. C. de fals.* monet nec intelligitur pati aliquid posse, qui nihil scit *l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* Ergo tametsi heres extiterit, ei qui institorem præposuerat, nec institorem remouerit, nihil tamen ei imputari potest, propter quod institoria teneri debeat ex eius institoris contractibus, præsertim cùm alieni facti ignorantia etiam in adulto & maiore probabilis sit *l. vlt. infr. Pro suo.* Eius verò potissimùm qui in alterius ius succedit *l. qui in alterius 42. de regul. iur.* Et quamuis aliqua tutoribus culpa imputari possit, quod eum institorem non remouerint, si eius opera vti nolebant, vt hic Vlpianus scribit, non debet tamen ea culpa nocere pupillo, qui non elegit sibi tutores, sed in eos incidit *l. vlt. infr. rem pupill. salu. for.* & cuius interest, non conueniri per institoriam, & non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss. l. nemo ideo 171. de regul. iur.* Dec. Sicut imputaretur heredi eius, qui institorem præposuit, si maior annis viginti quinque eius opera vteretur nec eum remoueret *l. cuicunque 5. §. pen. supr.* Ita & imputatur pupillo eidemque heredi, non cur ipse institorem à defuncto præpositum non remouerit. Sed cur tutores pupilli nō remouerint, si eius opera vti nolebant: scientia enim & patientia tutorum pro pupilli scientia & patientia est, adeò tutor in omnibus vice domini habetur *l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam. l. interdum 56. §. qui tutelam de furt.* nisi cùm pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor Pro emptor.* Potest autem fieri, vt ex pupilli non solùm vtilitate, sed etiam dignitate sit non remouere institorem, quem prudens pater non sine magno consilio iudicioque adhibuerat, nisi remouendi causa aliqua detecta sit, quam pater ignorauerat. Alioqui semper ignoscendum est tutori, qui prudentis patris voluntatem factumque secutus est *l. in confirmando 8. cum duab. seqq. infr. de confirm. tutor. l. magis puto 5. §. sed si pater & seq. inf. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. C. quand. decret.* opus non est denique sicuti bene cōtrahitur cum tutoribus etiam non interueniente persona pupilli *l. 4. in fin. infr. de euict.* Ita & cum institore siue quem tutores præposuerint, siue quem à defuncto præpositum remanere passi sunt. Aliter enim posito iure nunquam tuto contraheretur cum institoribus pupillaribus quod ipsis potissimùm pupillis damnosum esset *l. quod si minor 24. §. 1. de minor.* & ignorantia pupilli quæ per ipsius ætatē cōtingeret, esset aliis dānosa & captiosa. Quod cùm semper iniquū sit *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo inf. quæ in fraud. credit.* Tùm maximè tamen cùm tractatur de institoria actione, quia nō debent decipi, qui cum institore bona fide contraxerunt *§. condicio in fin. infr. hac lege.* Idque propter vtilitatem promiscui vsus, id est, commerciorum *l. si quis mancipiis 17. §. si impubes inf. hoc tit.* Quid ergo si pupillus tutorem nullū habuerit? Idē est vt dicā in *d. §. si impubes.*

1 ¶ Sed & si minor 25. annis erit, qui præposuit: auxilio ætatis vtetur non sine causæ cognitione.

Ad §. 1. Sed & si minor.

Rat. dvb. Non eadē minoris vigintiquinq; annis, quę pupilli ratio esse, videri potest. Pupillus enim sine tutoris sui authoritate obligari siue ciuili siue prætorio iure nō potest, vt in præcedētibus diximus ex *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* At puberes licèt minores vigintiquinque annis rectè sine curatoribus suis obligantur *l. puberes 101. de verb. obligat.* Ergo si minor etiam sine curatoris sui authoritate institorem præposuerit dicendum est, omnimodo institoria teneri eum debere. Dec. Obligatur quidē minor ipso iure ex omnibus penè causis etiam sine authoritate curatoris dummodò non contra leges contraxerit,

sed tamen

Sed tamē paratum ei semper est, auxiliū restitutionis in integrum ex edicto & beneficio Prętoris, si modo se non solùm minorē, sed etiā lubrico ætatis nimiaq; facilitate læsum ac deceptum esse doceat. Non enim bona consecutio est, vt quisquis minor est hoc ipso læsus probetur *l. nam postea quàm 9. §. si minor sup. de iureiur.* Et in his nimirum duobus consistit plena illa causæ cognitio, quā Prætor semper adhibet, quoties minor petit restitutionem *l. verum 11. §. sciendum est l. quòd si minor 24. §. non semper & §. vlt. l. non omnia 44. & pass. supr. de minor. l. necessariis 57. de acquir. hered.* Rectè igitur Vlpianus in hoc §. *si minor 25. annis*, institorem præposuerit posse quidem illum auxilio ætatis, vti hoc est implorare restitutionem in integrum ex capite de minoribus, sed non sine causæ cognitione, id est, ita demùm si eam præpositionem sibi damnosam esse probauerit, quo probato nec ei noceret, quod in præponendo institore authoritatem curatoris sui adhibuisset *l. 1. & 2. Cod. si tut. vel curat. interuen.*

2 ¶ De quo palàm proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur: is præpositi loco non habetur. non enim permittendum erit cum institore contrahere: sed, si quis nolit contrahi prohibeat: cæterùm, qui præposuit, tenebitur ipsa præpositione.

Ad §. 2. De quo palàm.

Rat. dvb. Nemo potest consilium mutare in alterius iniuriam *l. nemo potest 75. de regul. iur.* Atqui is qui institorē, quem prępofuerat remouet, nulla interueniente satis iusta causa, facit iniuriam non quidem iis qui alioqui cū eo contracturi fuissent (quod enim ad eos pertinet, res integra est, nec ipsorum quicquam interest) sed institori quem remouet, cùm ea res suggillet existimationem apud bonos & graues viros, qui non facilè suspicaturi aut credituri sunt remotum esse institorem, sine aliqua vel nimiæ negligentiæ, vel imperitiæ, vel perfidiæ suspicione: habetque publica illa proscriptio, nescio quam publicæ infamiæ notam, quam incurrere institorem, qui ex fide bona officium suum semper fortassis impleuerit, durum certè est, ne dicā, inhumanum. Diffamari autem ea ratione fidē ac pudorem liberi fortissis & ingenui institoris non oportet *arg. l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* Huiusmodi enim personis graui or plerumque hic metus est, quàm mortis *vulg. l. isti quidem 8. quod met. caus. l. Quintus Mucius 48. infr. mandat. l. quæ omnia 25. sup. de procurat.* Dec. Nemo inuitus institorem retinere cogitur, vt neque procuratorem, sed cùm vtrumque ex voluntate constituentis pendeat, contraria eiusdem voluntate reuocari & procurator & institor potest *l. nihil tā naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut. l. 4. in princip. l. quam Tuberonis 7. §. pupillum infr. de pecul.* Cumq; hoc ipso suspectus fiat, qui operam suam vltrò ingerit inuito, nō est audiendus institor, si remoueri nolit, nisi hactenus, vt dicat se institoris quidem officio carere velle, sed ita si id illæsa existimatione sua fiat. Exemplo eius, quod in reuocato procuratore scribit Vlp. in *d. l. quæ omnia.* nec præterea cogendus est is, qui institorē remouet, causas dicere propter quas remoueat, cùm variæ possint esse causæ, vt in *l. 4. inf. ad SC. Trebell.* nec a alia facti causa quęrenda sit in eo quod fit ex libera voluntate *l. si in testamento 22. in fin. infr. si quis omiss. caus. testam.* Est autem hæc publica proscriptio necessaria, nō solùm ex parte domini qui institorem præposuit, ne in posterum teneatur ex cōtractibus institoris, quomodo alioqui ex sola sua præpositione teneretur: sed etiā, idque maximè ex parte illorum, qui cum eo contracturi essent, qui vtique deciperentur *§. condicio in fin. inf. hac lege.* Non enim sufficit prohiberi institorem ne contrahat, quod per familiarem denunciationē testato saltem factam fieri honestiùs posset, sed prohibendi sunt omnes, qui cum eo contrahere aliquādo vellent, ne in posterum contrahant, quod certè nisi per publicam proscriptionem fieri nō potest, quandoquidem, quinam illi sint, ignoratur. Non ergo iniuriam comminisci videtur, qui palàm ita proscribit de institore, sed ius suū tuetur, sibiq; prospicit, ideoq; nec iniuriarum actione teneri potest, cùm non habeat animum iniuriæ faciendæ *l. quod reipublicæ 33. & pass. infr. de iniur. l. qui iniuria 53. in princip. de furt. l. 1. §. 1. quod vi aut clam.* Nec alienum est ab vtilitate publica vt eo metu quasi infamiæ, deterreantur institores à fraudibus quas plerique in dominorum necem ac perniciem cōminiscuntur, & vt in officio cōtineantur. Qui autem publica proscriptione illa contrahere prohibiti sunt, exinde præpositorum & institorum loco non habentur, quamuis fortè per contumaciam mercem exercere non desinant, instentque semper negotiationi, vt institorum nomen facto saltem ipso retineant. Itaque publica ista proscriptio non tam facit, vt adhuc præpositi reuera non sint, quàm vt præpositorum loco non habeantur quantum ad hoc scilicet, vt cum iis contrahatur ad dominum institoria actione obligandum. Planè etiam post amissum nomen & officium institorum custodes tamē remanent *§. sed si in totum inf.* Ideoq; cōmodiùs creditur eos ꝓhiberi cōtrahere, quā remoueri,

3 ¶ Proscribere palam sic accipimus: claris literis, vnde de plano rectè legi possit, ante tabernam scilicet, vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur: non in loco remoto, sed in euidenti. Literis, vtrum Græcis, aut Latinis? puto secundum loci condicionem: ne quis causari possit ignorantiam literarum. Certè si quis dicat, ignorasse se literas, vel non obseruasse, quod propositum erat, cùm multi legerent, cùmque palam esset propositum, non audietur.

Ad §. 3 Proscribere.

Explicat Vlp. in hoc §. quid sit palā proscribere, & ait, nihil aliud esse q̄ claris literis, non notis scribere, ita vt de plano legi possit, nec tā alto loco scriptę sint literę, vt earum lectio difficilior ex eo futura sit: ante tabernā scilicet institoris, vel ante eū locū in quo negotiatio exercetur, nec in loco remoto, sed in eui-

denti. Literis porrò siue Græcis siue Latinis secundùm loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum. Non enim nisi crassa nimis potest esse hæc ignorantia, si quis neget se sciuisse, vidisse, & intellexisse, quod omnes viderût, sciuerunt, intellexerunt, aut saltem videre, scire, & intelligere potuerunt. Estque hic finis latæ culpæ, ita vt progredi vlteriùs non possit *l. lata culpa 223. de verb. signific.* Proinde si quis ex iis, qui posteà cum hoc institore contraxerunt, velit agere institoria contra dominum, & dicat se ignorasse literas, vel non obseruasse quod proscriptum erat, cùm multi legerent, cùmque palàm esset proscriptum, non audietur. Non enim supina ista ignorantia ferenda est, factum ignorantis *l. nec supina 6. l. regula 9. §. sed facti infr. de iur. & fact. ignor.* & hæc omnia tam claris literis perscribit Vlpianus in hoc §. vt nullã possint recipere dubitandi rationem. Sic & leges olim palàm pro Rostris proscribi solebant, vt obseruat Cuiacius *libr. 7. Obser. cap. 29.* culpatum fuisse Caium Cæsarem, quod minutissimis literis & angustissimo loco legem de vectigalibus proposuisset, vti ne cui describere liceret. Hinc certè est, quod nec leges, nec constitutiones Principum aut ignorare, aut dissimulare cuiquam permittitur *l. constitutiones 12. Cod. de iur. & fact. ignor. l. leges sacratissimæ 9. Cod. de legib.* Illud diligenter notandum est, si institor seruus proprius fuit eius qui præposuit, dominum huiusmodi proscriptione id tantùm consequi ne institoria teneatur, at non etiam vti ne de peculio, quoniam de peculio actio ex ipso peculio nascitur, non ex præpositione *l. quoties 47. in princip. infr. de pecul.*

4 ¶ Proscriptum autem perpetuò esse oportet: ceterùm si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione, contractum sit: institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluuia, vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum est, eum, qui proposuit teneri. Sed, si ipse institor[a] decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius præponenti nocere debet: nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

Ad §. 4. *Proscriptum autem.*

Addit Vlpianus, non sufficere, vt publicè proscriptum sit, ne cũ institore cõtrahatur nisi proscriptum duret. Rat. dvb. Proscriptio semel facta publicè, satis declarat cõtrariã domini voluntatẽ, & quidem publica testatione consignatam: nec quod proscriptionis literæ vel deletæ sint, vel pluuiã aut qua alia re simili obscuratæ, facere potest, vt volũtas quæ defecerat retinendi institoris, quasi nouo quodã indicio rediisse existimetur, nisi fingas à præponẽte ipso deletã aut sublatã fuisse proscriptionẽ *arg. l. qui ex liberis 11. §. testamento inf. de bonor. poss. secund. tab. iunct. l. si filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced.* Ergo nõ eo magis teneri dominus debet institoria actione iis, qui cũ institore posteà contraxerunt, quasi nulla vnquã facta proscriptione. Dec. Proscriptio hæc nõ alia de causa fit, quàm ne decipiantur, qui cũ institore contracturi sunt, nec possint ignorare institoris præpositionẽ à domino reuocatã esse *§. de quo palã sup.* Atqui facilè deciperentur, & perinde ac si proscriptũ nũquã fuisset, si non perpetuò proscriptum manere oporteret. Nec enim de proscriptione quisquã curiosius inquirit, nisi eo tẽpore, quo contracturus est: inquirit autẽ non quid antea fuerit, sed quid eo tẽpore sit, quia & fieri potest, vt qui institorem anteà remouere voluit, posteà mutauerit voluntatẽ. Ergo proscriptum perpetuò manere oportet, vt proscriptum videatur: sicuti solemus dicere non videri versum in rẽ patris vel domini quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem vers.* itaque placet valde quod vir doctissimus Dionysius Gothofredus ex hoc §. & ex superiore notat, in hac proscriptione quinque esse necessaria, vt claris literis facta sit, vt iis quæ intelligi possint, vt ante locũ negotiationis, vt eo loco posita vnde de plano legi possit: deniq; vt perpetuò maneat. Ex quo infert Vlpianus. Si per id temporis quo præpositũ non erat in loco negotiationis, & proscriptũ ne cũ institore contraheretur, aut obscurata iam proscriptione cum eo contractũ sit, institoriã locum habere, quòd hoc casu nihil imputari possit ei qui contraxit, sed domino potiùs cur nouã proscriptionem non fecerit, aut veteris vitiũ emendauerit, cùm eius quàm maximè interesset: Proinde, inquit Vlpianus, si cũ domin⁹ mercis proscripsisset, alius proscriptionem sustulerit, aut vetustate vel pluuia vel quo alio simili casu cõtigerit, vt proscriptũ vel non esset, vel nõ pareret, dicemus eũ qui prǽposuit teneri institoria actione. Quis enim diligẽtiùs quã ipse inquirere & curare debuit, vt proscriptũ perpetuò maneret?

a *Sed si ipse institor.* Rat. dvb. Cũ institor ipse est, qui decipiendi mei causa proscriptionem detraxit, nihil potest imputari domino, qui facta ritè proscriptione prohibuerat ne cum institore cõtraheretur. Ergo institoriã actionem cõtra eum dari iniquũ est. Dec. Imputari quidem hoc casu domino non potest, cur non proscripserit. Sed imputari tamen ei potest, cur tam dolosum & perfidum hominẽ tabernǽ suǽ institorẽ prǽposuerit, qui proscriptionẽ illam tollere non dubitauerit, vt me deciperet *l. sed etsi 7. §. vlt. sup. l. 1. §. cuius autẽ & §. vnde quærit Ofilius sup. de exercit. act.* Cũq; eum dolũ institoris necesse omnino sit aut mihi nocere qui cum eo contraxi, aut domino qui eum præposuit, longè æquius est, nocere domino, cui saltem hoc imputari potest, quod diximus, quàm mihi, cui nihil. Esset sanè melius neutri nocere, si fieri posset, quia dolum vnius alteri neque prodesse neq; nocere vnquã oportet. Sed quoties nihil sine captione inuestigari potest, id sequendũ est, quod minus habet iniquitatis *l. quoties 200. de regul. iur.* Addenda sanè exceptio est, quam hîc Vlpianus nõ prætermisit, *nisi particeps doli fuerit qui contraxit.* Iam enim eo casu non institoris, sed proprius ipsius contrahentis dolus ipsi nocet, vt in *l. 1. & tot. tit. infr. quæ in fraud. credit.*

5 ¶ Condicio autem præpositionis seruanda est. Quid enim, si certa lege, vel interuentu cuiusdam personæ, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? æquissimum erit, id seruari, in quo præpositus est. Item si plures

si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum vno solo: sed & si denuntiauit cui,[a] ne cum eo contraheret: non debet institoria teneri: nam & certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum: vel certis hominibus permittere. Sed si aliàs cum alio contrahi vetuit[b] continua variatione: danda est omnibus aduersus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.

Ad §. 5 Condicio autem.

RAT. DVB. Facilè decipientur ij qui cum institore contrahent, si præpositionis condiciones tã multæ, quas ipsi forte ignorent, adeò districtè seruandæ sint. Finge dominum non nisi certa lege, vel interuentu cuiusdam personæ, vel non nisi sub pignore voluisse cum eo contrahi: an eò minùs obligari dominum institoria actione oportebit, quod has omnes præpositionis condiciones non obseruauerit? Vnde verò potuit tot minutias diuinare? An non ignoscẽdum ei est, si non diuinauerit? *l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. l. si putator 31. in fin. supr. ad leg. Aquil.* Ergo hoc quoque casu dominum institoria teneri æquum est, ne alioqui decipiantur qui cũ institore contraxerint, quod non est ferendum, vt scriptum est in fine huius §. DEC. Lex præpositionis certam legem dat contrahentibus *l. 1. §. igitur præpositio supr. de exercit. act.* Cùm enim non alia de causa is, qui institorem præposuit, teneatur actione institoria, quàm quia eum præposuit, & quatenus eũ præposuit, *l. cuicunque 5. §. non tamen omne supr. hoc tit.* Cõsequens omnino est, vt præpositionis condiciones omnes seruari oporteat, cùm non aliter fuerit ille præpositurus. *arg. l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Sed condiciones illas ponendum est, palàm expositas esse cũ ipsa præpositione, vt omnib. innotescere potuerint, non autem separata & domestica inter dominum & institorem cautione, quam ignorare contrahentes, probabiliter potuerint, planè sicuti antequàm cũ institore contrahant qui contrahere volunt, inquirere debent an institor ille & præpositus sit [nec enim angustiis loci aut temporis tanto-pere premuntur, vt non possint capere pleniùs deliberandi consilium, in quo maximè differunt qui cũ institore ab iis, qui cũ magistro nauis cõtrahunt, *l. 1. in princ. supr. de exercit. act.*] ita & inquirere diligẽter ac curiosè eos oportet, quibus legibus & cõdicionibus præpositio facta sit: nec vereri debẽt, ne nimis curiosi, videantur, vt in *l. doli 19 ad fin. infr. de nouat.* cùm magnam in eam rem præstare diligentiam debeant, vt in *l. vlt.* vbi diximus *supr. de exercit. act.* Alioqui erit iis imputandum, non cur minimè diuinauerint, sed cur non diligentiùs inquisiuerint de legibus & condicionibus præpositionis, quæ cùm in ipso actu præpositionis insertæ esse debeant, difficile est, vt qui cum institore contrahunt, sciant eũ præpositum, quin sciãt etiam quibus legibus & cõdicionibus, ne possint decipi. Proinde si dominus plures habuit institores, inspiciendum erit, an cum omnibus simul contrahi voluerit, an & cum vno solo vt in *d. l. 1. § sed etsi sic præposuit supr. de exercit.*

a *Et si denuncietur cui.* RAT. DVB. De institore palàm proscribere dominus debet, ne cum eo contrahatur, si ex eius persona & contractibus non vult teneri institoria *§. de quo palàm & sequ. supr.* Ergo non sufficit alicui specialiter priuatimq; denunciatũ esse, ne cum institore contrahat, ne alioquin eueniat, vt cum quibusdam possit institor contrahere, cum aliis nõ possit, eáq; varietas incertitudinem, & quod est consequens fraudis & deceptionis materiã plerisque præbeat, vt scriptum est in fine huius §. DEC. Multùm interest, an dominus probibere omnes velit, ne cum institore contrahant, an certam personã duntaxat: est enim hoc positum in ipsius arbitrio & electione, sicut & vtrũ omni negotiatione, an certę rei tantùm & an certum genus hominum aut negotiatorum prohibere velit: aliis autem omnibus permittere. Publica proscriptio necessaria est, vt generalis sit, & personas omnes omniáque negotia comprehendat: alioqui specialis prohibitio & denunciatio non solùm sufficit, sed sola vsui esse potest, vt institor quantum ad alios omnes qui non sunt prohibiti remaneat institor. Alio si quidẽ casu, id est, cũ generalis proscriptio est non tam institoris & præpositi, quàm custodis loco habetur, vt scriptum est in *§. prox. seq.* Euenit autem plerumque vt institoris fides suspectior sit domino ratione certarum personarum & negotiationum, quàm ratione aliarum, Ideóque non semper generalis prohibitio aut vtilis aut necessaria est.

b *Sed si aliàs cum alio contrahi vetuit.* Intellige cũ quo nunc contrahi permittit, aut si è contrario nũc contrahi prohibeat cum eo cum quo aliàs permisit; idque continua variatione, vt Vlp. loquitur. RAT. DVB. Vnusquisque rerum suarum moderator est, & arbiter, potẽstq; in rebus suis gerendis pro arbitrio mutare voluntatem *vulg. l. an re mandata 21. C. mãdat. l. 2. infr. si à parent. quis manum. sit.* Est enim voluntas hominis ambulatoria ad mortem vsq; *l. 4. de adim. legat.* Ergo non eo magis danda est, contra dominum institoria, quod aliquando cũ certa persona contrahi prohibuerit, cum qua nunc permittit, aut contrà: præsertim verò si voluntatis ita mutandæ aliqua causa fuit. Omni siquidem fraudis suspicione caret, quod ex iusta causa fit *l. cùm pater 77. §. antepe. infr. de legat. 2.* DEC. Continua hæc variatio & incõstantia, præterquàm quod laudanda nunquam est *l. in causæ 27 supr. de procur.* periculosa etiã esse potest, & factura facilè vt pleriq; cum institore contracturi in captionem incidãt, ignorantes quænam hodie sit voluntas domini, quamuis non ignorent, quænam fuerit anteà. Ob eam caussam melius est, puniri variationem hanc quàm tolerari, vt fraudi sit contrahentibus qui decipi certè non debent, & quibus imputari nihil potest, cùm tamen imputari possit domino cur tam sæpe variauerit. Prima igitur variatio non sufficeret ad inducendam institoriam, sed continuam aut saltem frequentiorem fuisse variationem oportet, vt huic versiculo locus sit.

6 ¶ Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, præpositi loco non habetur. Cùm magis his custodis sit loco, quàm institoris: ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modicum quid ex taberna.

Ad § 6. Sed si in totum.

RAT. DVB. Qui contrahere prohibitus est etiam in totum, id est, sine vlla personarum aut rerum aut negotiorum distinctione, is tamē non in totum remouetur ideò à taberna; manet enim tabernarius. Ergo non est prohibendus, ex mercibus quæ in taberna sunt, aliquid vēdere, præsertim quod sit modicum, & curandæ & conseruandæ fortassis tabernæ necessarium: nam & dici solet de modicis, prætorem non curare *l. scio 4. supr. de in integr. resti. l. si quis 9. §. vlt. & l. sequen. supr. de dolo. l. res bona fide 54. de contr. empt. l. magistratibus 12. supr. de iurisd.* DEC. Is cum quo contrahi prohibitum est in totum, neque institoris, neque præpositi, sed tantùm custodis loco haberi potest. Atquin is qui tabernæ custos tātùm est, nullam vendendæ mercis [*mercem* enim hîc legendum est, non *mercedem*] vel minimæ potestatem habet, nec si eam expediat vēdere quod talis fortè sit, quæ seruando seruari non possit. Est enim iusta illa causa propter quā permittere dominus debeat venditionem, aut etiam prætor *l. Diuus 5. supr. de hered. petit. l. ait prætor 7. §. in causa infr. de iur. delib.* sed non ob quam licere debeat ei qui in totum cōtrahere prohibitus est, res istas vendere: nam & qui huiusmodi res vendit, contrahit, & si damnum aliquod sentit dominus ob merces illas seruatas, imputare sibi debet, cur institorem eas distrahere potuerit, quod alius quilibet tabernæ custos pro vtilitate tabernæ fortassis facere potuisset: vendere siquidem, seruare est, quod aliter seruare nequeas, & quod tabernam magis oneret, quàm ornet.

7 ¶ Si institoria rectè actum est, tributoria ipsa iure locum non habet: neq; enim potest habere locum tributoria in merce dominica, quod si non fuit institor dominicæ mercis, tributoria superest actio.

Ad §. 7 Si institoria.

RAT. DVB. Tributoria nunquam potest concurrere cum institoria, sed tantùm cū actione de peculio *l. quod in heredem 9. §. eligere infr. tit. prox.* Aut etiam de in rem verso §. *is autem cui institut. quod cum eo qui in alien. potest. est.* nam aut de merce dominica tractatur, aut de peculiari, si de dominica non competit tributoria, sed institoria: si verò de peculiari, quam sciēte domino seruus exercuerit, institoria cōpetit, non tributoria. Ergo stulta est quæstio an si institoria actum sit, competat tributoria aut cōtra, nec cadit electio inter eas actiones quarum alterutra tantùm competit, sed inter eas tantùm quæ ambæ competunt vt in *d. §. eligere.* DEC. Ideò nimirum benè Vlpianus hîc scribit, si institoria rectè actum sit, ipso iure tributoriam non competere, quoniam institoria rectè actum esse non potest, nisi de merce dominica, cuius nomine tributoria competere nūquam potest, sed tantùm de merce, vt diximus, peculiari: neque enim verendum est, vt aliquo casu merx dominica etiam peculiaris esse possit cùm peculij nihil sit, nisi quod seruus suum quodammodo habet distinctum à rationib. dominicis *l. 4. & pass. infr. de pecul.* Sed tamen fieri potest, vt institoria non rectè actum sit, puta de merce peculiari pro qua competebat tributoria tantùm, non etiam institoria. Et hic casus est, qui paullo maiorem recipere videtur dubitationem, an scilicet is qui perperam egit institoria, præsertim si per errorem iuris, saluam habeat tributoriam Ratio dubitandi est, quia si rectè egisset, institoria non haberet hodie tributoriam. non debent autem melioris esse cōditionis, quàm periti *l. 4. infr. Quod vi aut clam.* Stulti autem dicuntur omnes qui in iure errant *l. regula 9. §. vltim. infr. de iur. & fact. ignor.* sed decidendi ratio est, quòd multum interest, an quis eam actionem exerceat, quæ cōpetit, an illam quæ nō competit. Priore casu, si alia actio æquè competebat, quam eligere potuerat, hāc eligendo, vtramq; cōsumpsit, & eam quā exercuit, & eam quam non exercuit, quia eligere aliā maluit. Hoc. n. est, quòd toties diximus amitti & consumi actionem quoties exercetur, scilicet cùm competit *l. habebat 13. infr. hoc titul. l. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. oblig.* Vnde est, quod eleganter Vlpianus scribit *in l. ait prætor 7. §. quid sit autem de iur. delib.* Absurdum esse ei cui alienatio interdicitur permitti actiones exercere, quoniam alienat certè qui agit, cùm hoc ipso amittat actionem. At cùm quis exercet actionē minimè competentem, neq; illam amittit quam nō exercet, quamuis competat, quia nō illam exercet, neque illam quā exercet, quia non cōpetiit deniq; non tam malè agit, quā nihil agit, vt idem Vlp. noster ex Scæuola loquitur in *l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsu fr. leg. ced.* Ergo si actū sit institoria cum eo qui dominicæ mercis institor non fuit, cū actum sit actione omnino non cōpetente neq; consumpta est institoria quia nō cōpetiit, neq; tributoria quæ cōpetebat, quia non fuit proposita, neq; rursus per electionē omissa, cùm institoria quæ non competebat eligi, vt iā dixi, nō potuerit: superest igitur tributoria, nō quasi vna ex duab. cōpetentibus, sed quasi sola competens, nisi eā cū actione de peculio vel de in rē verso cōferre velis *d. §. eligere & d. §. is autem cui.*

8 ¶ Si à seruo tuo operas vicarij eius conduxero, & eum merci meæ institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit: emptio est. Nam cùm dominus à seruo emit, est emptio: licet non sit dominus obligatus: vsque adeò, vt etiam pro emptore, & possidere, & vsucapere dominus possit.

Ad § vlt. Si à seruo.

RAT. DVB. Non ex quolibet actu institoris datur actio institoria cōtra eum qui præposuit, sed ita demùm si cum institore contractum sit *l. 1. & pass. supr.* Atqui cùm dominus emit à seruo suo, aut quod parum distat à serui sui vicario, non potest videri inter eos contractum esse, cùm ex eo negotio neq; obligatio neque actio vlla acquiratur, nec magis vicario contra dominum, quàm domino contra vicarium *arg. l. Labeo 19 de verb. signific. l. ex empto 11. infr. de action. empt.* Id enim est quod Vlpianus hîc ait *licèt non sit dominus obligatus*, scilicet serui sui vicario, à quo emit. Fit enim ex hac causa debitor serui sui, vt ex Iuliano subijcitur in *l. seq.* cui, si actione aliqua experiri posset, teneretur ex vendito dominus ad solutionem precij, sicut & dominus contra eum agere pos-

re posset ex empto si qua cum seruo actio esse posset, nec vicarius mercem venditam tradidisset: quam tamen ponendum est traditam fuisse: alioquin nec serui sui debitor esse dominus ex hac causa intelligeretur *l. Iulianus* 13. §. *offerri*, *eodem titulo*, *de action. empt.* Sed finge euictam esse rem venditam aut imminere periculum euictionis, vt in *l. si post perfectam* 24. *C. de euict.* aut quid aliud à vicario vendente promissum esse propter quod de institoria actione danda quæri possit. Ergo si à seruo tuo operas vicarij eius conduxero, cumque merci meæ institorem præposuero, isque tibi mercem aliquam vendiderit, dicendum est institoriam tibi contra me dandam non esse, quasi nullo contractu habito inter te & meum institorem.

Dec. Etiam cùm dominus à seruo suo emit, emptio & venditio est, licèt dominus non obligetur seruo suo ciuiliter, sed tantùm naturaliter *l. nec seruus.* 41. *infr. de pecul.* sufficit enim talem esse contractum, ex quo si qualitas & conditio personarum non repugnaret, actiones empti & venditi vtrimq; competerent, quia vtrum dominus seruo, vel seruus domino naturaliter debere intelligatur ex causa ciuili computandum est *l. non solum* 49. §. *vlt. infr. de pecul.* Et ita esse, vt hæc vera emptio & venditio sit, ex eo manifestè intelligimus, quòd si serui tui vicarius institor meus mercem aliquam alienam tibi tãquam meam bona fide ementi vendidisset, tu eam pro emptore & possidere & vsucapere posses: cùm tamen certissimum sit, vsucapionem pro emptore nullam esse posse, si non emptio aliqua verè præcesserit *l. Celsus* 27. *infr. de vsucap. l. pen. eod. tit. alias l. pen. pro soluto*, nisi in singulari casu *l.* 2. §. *si à furioso pro emptor.* Atqui si emptio & venditio est, συνάλλαγμα & contractũ esse non ambigitur *l. Labeo* 19. *de verb. signific.* ergo & institoria tibi contra me competet, si quid forte institorem meum præstare tibi æquum sit, quod ab eo, si liber homo esset, petere per actionem ex testamento posses. Atque ita ex Iuliano concluditur initio legis sequentis, vt intelligamus totam huius §. quæstionem eò referendã esse, an institoria ex eo vicarij contractu possit competere, néne. Nec nouum aut absurdum videri debet, vt verè emptio & venditio sit, & tamen neutra ex parte ciuilis actio competat: est enim contractus hic, vt & alij ferè omnes, si paucos excipias, iuris gentium *l. ex hoc iure supr. de iust. & iur.* Actiones autem omnes iuris ciuilis sunt. Nam & inde est quod deportatus licet ciuitatem, & omnia quæ sunt iuris ciuilis, amittat, emit tamen & vendit, locat, conducit, permutat, & alios huius generis contractus celebrat, quia iure gentium vtitur, *l. deportatus* 15. *infr. de interd. & releg.*

12. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

ET ideo vtilis institoria actio aduersus me tibi competeret. mihi verò aduersus te, vel de peculio dispensatoris [a] si ex conducto agere velim: vel de peculio vicarij, quod ei mercem vendendam mandauerim, pretiumque, quo emisti, in rẽ tuam versum videri poterit, eo quod debitor serui tui factus esset.

Ad l. & ideò 12.

Initiũ huius legis sicuti cum fine præcedentis cõiunctum est, ita & à nobis simul cum §. *vlt.* explicatum fuit: nihil enim nisi conclusionem & consecutionem continet ius syllogismi, quo Vlpianus vsus est in quæstione §. *vlt.* legis superioris. Persequitur tamen Iulianus eãdem speciem: sed allatis nouis quæstionibus circa actiones ex conducto de peculio & de in rem verso, de quibus Vlpianus nihil quæsiuerat. Ait autem.

a *Mihi verò vel de peculio dispensatoris.* Eadem igitur retẽta specie quæ ab Vlpiano proposita est in §. *vlt.* legis præcedentis placet Iuliano posse mihi cõtra te duplicẽ de peculio actionem competere, vnam de peculio serui tui si contra te velim agere ex conducto, quia vicarij operas à seruo tuo cõduxerã: alteram de peculio vicarij serui tui, quia institorem eum præposueram, mercesque meas vendendas ei mandaueram, tertiam denique de in rem verso, quasi precium quo tu rem meam emisti, in rem tuã versum videri possit eo quòd tu debitor serui tui ex hac causa factus fueris. Quod ait de actione contra te mihi danda de peculio serui tui, dubitationẽ ex eo recipit, quòd non cum seruo tuo contraxeris, sed cum serui tui vicario, cuius sicut persona alia, ita & peculium aliud est à peculio serui tui planè distinctum *l. si seruus* 17. *l. deposui* 38. §. *pen. infr. de pecul.* Ergo de peculio tantùm vicarij permittendum mihi est agere contra te, non de peculio serui tui ordinarij: sed decidendi ratio est, quia ego cum seruo tuo non minùs, quàm cum serui vicario contraxi, cùm seruo quidem tuo conducendo ab eo operas vicarij eius, præstita ipsi in eam rem mercede, sine qua nec conductio vlla esse posset: ergo quatenus cum eo contraxi, & ab ipso vicarij operas conduxi, habere debeo contra te actionem ex conducto de peculio, quia etsi liber homo esset, qui conueniri suo nomine posset, vtique actione ex conducto in solidum mihi teneretur: ad hoc scilicet, vt preciũ mercis meæ venditæ mihi præstaret. Quicquid enim ex vicarij sui operis sibi quæsiuisset si ipse liber homo: vicarius autem verè seruus fuisset, id totum actione ex conducto mihi reddere ac præstare teneretur *l. si eum* 5. *supr. de exercit. act.* Quod verò dat mihi etiam actionem Iulianus de peculio vicarij, dubitationem certè nullam habet, quia & cum eo contraxi, præponendo eum institorem tabernæ meæ, mãdandoque ei vt merces meas vẽderet. Itaque dubitandum non est, quin ex eo contractu danda mihi sit contra te actio mandati de peculio, quia & vicarius ille si liber homo esset, mihi in solidum actione mandati teneretur, vt rerum mearũ, quas vendidisset, precium mihi præstaret siue quod exegisset ab emptore, siue quod exigere debuisset. Difficilius illud videtur, quod tertio loco Iulianus ait, licet minus disertis verbis dandam mihi esse contra te actionem quoque de in rem verso. Cùm vix sit, vt in rem tuam versa videri possit pecunia, cuius tu debitor es. Nemo enim hoc ipso locupletior fit, quod fiat debitor alterius quisquis tandem ille sit siue paterfamilias siue seruus ipsius debitoris: nam quemadmodũ locupletior fieri dicitur, quisquis liberatur à creditore *l. si pupilli* 66. *in fin. de solut. l. species* 11. *infr. de acceptil.* Ita è contrario pauperiorem fieri necesse est, quisquis ex non debitore fit

debitor. Sed tamen decidendi ratio, quam & Iulianus adfert, illa est, quod in rem tuam versum sit precium quo mercem meam emisti, cùm ex hac causa debitor serui tui factus sis. Quod enim seruo tuo debetur etiam à te, tibi quoque deberi intelligeretur, si ab alio quàm à te deberetur *l. peculium 9. §. huic definitioni infr. de pecul.* Cùm verò à te debeatur, non quidem tibi debitum videri potest, vt eo nomine locupletior sis, sed hactenus tamen vt nec pauperior factus dici possis: quod sufficit, vt hoc ipso locupletior factus videri debeas, cùm & rem meam habeas & rei meæ precium, quod licèt seruo debitum, à te tamen petere, nec seruus, nec alius quisquam possit: Fit enim certè locupletior, & quidem ex damno venditoris emptor, si & rem & precium habeat, quod vtique, contra bonam fidem est *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Denique sufficit, vt eius precij quod seruo tuo debes, licèt tibi ipsi nõ debeas, quia nec potes, commodum tibi acquiratur. Quidni ergo perinde tenearis mihi de in rem verso, ac si seruus tuus precium illud à te accepisset: Quo casu non dubitaretur quin ea quantitate precij auctum esset peculium serui tui, & consequenter tuum quoque patrimonium: Peculia siquidem seruorum in dominorum patrimonio reuera sunt. Sed quomodo potes videri factus debitor serui tui ex causa precij quo rem meam emisti, cùm nec à seruo tuo emeris, sed ab eius vicario, nec mercem peculiarem, cuius alia fortasse posset esse ratio, sed meam, in qua seruus tuus nihil vnquam iuris habuit? Respondendum est, quoties seruus vendit, obligationem venditi acquiri domino, ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acquir. hered.* Vicarium porrò videri seruum ordinarij, qui licèt ipse quoque seruus sit, pro domino tamen habetur *l. si seruus 17. infr. de pecul.* Hactenus saltem vt ei, & eius peculio acquirat vicarius, quod alij cuilibet vero domino suo acquireret, aut quod sibi ipsi, si liber homo esset: Atqui si liber homo rem meam siue bona siue mala fide venderet, vtique sibi non mihi obligationem & actionem venditi acquireret: neque enim per liberam personam alteri siue obligatio siue stipulatio acquiri vlla potest *l. quæcunque 11. de obligat. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo & obligationẽ illã acquirit vicarius ordinario, hactenus scilicet vt ordinarius creditor tuus esse videatur, non tamen vt ipse etiam possit agere, quia cùm sit & ipse seruus, non magis habendæ eius & exercendæ actionis, quàm vicarius potestatem habet.

13. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

HAbebat quis seruum merci oleariæ: præpositum Arelatæ: eundem & mutuis pecuniis accipiendis. acceperat mutuam pecuniam. putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione: probare non potuit, mercis gratia eum accepisse licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset præpositus: tamen Iulianus vtilem ei actionem competere ait.

Ad l. Habebat quis 13.

RAT. DVB. Cùm institor non tantùm mercibus emendis, sed etiam mutuis pecuniis accipiendis præpositus est, obligat dominum actione institoria, si mutuam pecuniam, siue ad merces emendas, eam acceperit, siue in alios vsus, quia cùm duplici negotiationi præpositus fuerit, in alterutram causam acceptos ab eo nummos fuisse satis est, vt dominus obligetur *l. cuicunque 5. in princip. & §. non tamen omne supr.* Ergo si creditor, qui mutuam ei pecuniam dedit, vt institori, contra dominum egerit institoria ad recuperandam eam pecuniam quasi mutuam acceptam ad emendas merces, nec tamen probare id potuerit atque ita ab actione sua summotus sit, non eo minùs tamen dicendum est, institoriam ei competere ex alia causa quæ in iudicium deducta non fuit: nempe quòd institor ille non tantùm emendis mercibus, sed etiam mutuis accipiendis pecuniis præpositus fuisset. Quamquam enim non potest exerceri actio, quin consumatur, vt diximus ad *l. sed si pupillus 11. §. penult. supr. hoc tit.* ex hac ipsa lege quæ id omnium optimè probat, non tamen consumpta videri potest nisi ex ea causa ex qua fuit proposita. Nam & diuersitas causæ diuersam quoque rem facit, & quodammodo diuersam actionem ita vt impediat ne exceptio rei iudicatæ obiici possit *l. si mater 11. § eandem causam & seq. l. & an eadem causa 14. l. si cùm argentum 21. §. si fundum infr. de except. rei iudic.* Atqui licèt creditor in proposita specie egerit actione institoria hoc edicto proposita (id enim est, quod Vlpianus significat iis verbis *egit proposita actione*) egit tamen ex illa duntaxat causa quòd ad merces emendas mutua accepta fuisset pecunia, non autem quod simpliciter mutuam eam dedisset institori, etiam mutuis pecuniis accipiendis præposito. Ergo aliam actionis causam ex qua non egit, non consumpsit, nec proinde actionem institoriam ex ea causa competentem. Quid enim refert, an quis eam actionem exerceat, quæ non competit, quo casu certum est, nihil eum consumere *d. l. 11. § pen. supr. l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* An verò actionem tibi quidem competentem, sed ex ea tamen causa ex qua non competat? vt in hac specie. Nam & ea inter personales, & in rem actiones differentia esse traditur, quod cùm eadem res mihi ex pluribus causis debetur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec vlla earum alterius petitione vitiatur. At cùm in rem ago non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ vna petitione comprehenduntur: nam non ampliùs quàm semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest *d. l. & an eadem §. penult.* In specie porrò huius legis ponimus non modò personali actione, id est, institoria actum esse, sed etiam expressa illa causa, quòd ad merces emendas pecunia mutua data esset. Ergo non debet ea res nocere creditori, quominùs agere institoria iterum possit ex noua illa causa, quòd mutuis quoque pecuniis accipiendis idem ille institor præpositus esset.
DEC. Multum interest, an actio quæ exercetur non competat, an verò cõpetat quidem, sed exerceatur tamen ex ea causa, ex qua non competit: Priore casu non potest consumi, quæ non cõpetit, licèt exerceatur. Prius enim est, vt actio cõpetat, quàm vt cõsumi

possit,

possit, cùm vtrumque iuris sit non facti. Quid? An non etiam prius est, vt competat, quàm vt exerceri possit? Ita sanè est. Nam & exerceri posse actionem cùm dicimus, ius non factum significamus: at exercitio ipsa actionis tota facti est. Potéstque de facto, vt aiunt, exerceri actio, etiam quæ non competit, non item consumi. Posteriore autem casu, cùm exercetur actio, quæ competit quidem sed ex alia causa quàm ex qua exerceatur, vt in proposito, planè consumitur, quia competit, & consequēter ex illa etiam causa ex qua non exercetur, quia vt consumatur, non tam inspiciendum est ex qua causa exerceatur, quàm ex qua competat: planè si ex diuersis causis competeret, quomodo in proposita specie contingeret, si ad merces emendas institor mutuam pecuniam accepisset: exerceretur autē ex alterutra duntaxat causa, ex illa vtique causa tantū non etiam ex alia consumeretur. Sufficeret n. esse aliquid quod consumeretur *d.l. & an eadem 14. § pen. de except rei iudic.* Etsi videtur locus ille intelligendus de eo casu, quo ex diuersis causis diuersæ quoq; actiones competunt, non vna tantùm actio ex causis pluribus: nam singulis controuersiis singulas actiones vnumque iudicati finem sufficere verius est *l. singulis 6. eod. tit.* In proposito autem sicut actio institoria non posset consumi, si non competeret, ita neque ex alia causa consumi potuit, quàm ex qua cōpetiit, non ex ea ex qua creditor eam exercuit, cùm ex illa non competeret: nec proinde quicquam esset, quod consumeretur, si non actio ipsa institoria ex ea causa consumeretur, ex qua cōpetiit, quamuis actor ex alia causa non competente actionem exercuerit. Sufficit enim actorem non errasse in iure ac nomine actionis, quam proposuit, licèt in medio actionis eligendo errauerit: medium siquidem actionis non facit actionem, nec vt ea competat, sed tātùm aptitudinem actionis quæ proponitur, vt aptè vel ineptè proposita videatur. Cæterùm etiam ineptè proposita actio consumitur, si modò ex aliqua causa competat, quamuis ex alia causa exerceatur, quæ non competit. Benè igitur Vlpianus ait in quæstione proposita consumptam esse actionem institoriam, nec ampliùs agi ea posse ex alia quasi noua causa, quòd pecuniis quoque mutuis simpliciter accipiendis institor esset præpositus. Sed tamen ex æquitate vtile ei institoriam dandā esse Iulianus ait, & Vlpianus probat, cùm sit verissimum & pecunias mutuas institori datas fuisse, & institorem non tantùm ad merces emēdas, sed etiam ad mutuas pecunias simpliciter accipiendas præpositum fuisse, vt proinde non debeat ex huius creditoris damno locupletari dominus, quomodo certè locupletaretur, si non vtili saltem institoria eo nomine teneretur, quæ res pareret replicationem doli, etiamsi denunciasset huic creditori, ne cū eo institore cōtraheret *l. si quis mancipiis 17 §. Proculus infr.* Quæ autem ratio æquitatis parere potest doli mali exceptionem aut replicationem, ea vtilem quoque actionem parere potest quæ in effectu nil differt à directa *l. actio. 47. supr. de negot gest* Quamquam quod hîc dicitur dandam creditori contra dominum vtilem institoriam actionem, non ad eum casum restringendū est, quo dominus ex eo contractu institoris sui locupletior factus sit, sed generaliter & indistinctè accipiēdum siue pecunia in rem domini versa sit, siue non, quia non exigit institoria probationem versę in rem domini pecuniæ: nisi in specie *d. § Proculus*, alioqui parum distaret ab actione de *in rem verso*, quæ probationem hanc omnimodo requirit § *cæterùm & sequ. inst. quod cum eo qui in alien. potest est* meminit hæc lex Arelatensis ciuitatis, siue legas *Arelate*, vt vulgo, siue cum Haloandro *Arelati* quod malo, aut *Arelate*: nam & Ausonius eam ciuitatem sic vocat, de qua præclaros illos versus edidit,

Pande duplex Arelas, quam Narbo Martius, & quam
Accolit Alpinis opulenta Vienna colonis,
Præcipitis Rhodani sic intercisa fluenti,
Vt mediam facias diuiso ponte plateam.

Sed & Arelatensis Reipublicę meminit Scæuola in *l codicillis 34. in princ. infr. de vsufr. legat.*

1 ¶ Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demùm teneri, si non nouauerit quis eam obligationem, vel ab institore, vel ab alio nouandi animo stipulando.

Ad §. 1. *Meminisse.*

RAT. DVB. Nouatio facere non potest, quin sit & maneat institor is, qui semel fuit, & qui ex suo contractu dominum institoria actione obligauit *l. 1. supr.* institorem enim esse aut fuisse facti est quod nulla ciuili arte aut constitutione mutari potest *l. in bello 12. §. facti autem res inf. de capt. & postlim l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior.* Ergo nec potest facere, vt tollatur, & desinat competere institoria, quæ semel competiit, præsertim cùm eam det prætor ex æquitate, quam extinguere non potest nouatio quæ tota est ex verborum solemnitate & iuris subtilitate: fit enim vtique per stipulationem, cui semper præfertur æquitas *l. 2. §. circa infr de doli mal. except.* DEC. Sūt quidam legitimi & certi modi tollēdarum obligationū & actionū omniū, *Inst. quib mod. tollit obl. l. obligationū ferè 44. §. placet inf. de oblig. & act.* inter eos verò modos est nouatio *§. præterea dict. tit. quib. mod. toll. oblig.* cùm nihil aliud ea sit, quàm prioris obligationis peremptio, & in sequentē transfusio *l. 1. de nouat.* Nec aliud quicquā ad nouationē faciendā requiritur, nisi vt legitima stipulatio interueniat, quæ animo nouādi interposita sit *l. 2 eod.* siue ab ipso debitore stipuletur creditor, quæ simplex nouatio est, siue ab alio quæ specialiori nomine delegatio appellatur *l. delegare 11. in princ. & §. 1. eod. tit.* nec habet quod conqueratur is qui actionē institoriam, aut aliā per nouationē amisit, cùm eā ipse vltro nouauerit, quāuis stipulatio quæ nouauit, nō teneret, nisi naturaliter, & ex qua proinde dari actio nulla posset *d. l. 1. in fin.* ostendit autē hic §. solitum olim fuisse, vt & institoria, & alia quęlibet actio nouaretur per stipulationē, & in actionē ex stipulatu transfunderetur, vt tanto firmius teneretur debitor, cùm obligationis vinculū fortius nullū esset quàm stipulationis, adeò vt etiam bonæ fidei actiones alięque priuilegiariæ plerumque nouarentur, quamuis ea nouatione priuilegium amitteretur *l. aliam 29. eod.* Nec tamē prioris actionis, quæ per nouationem extincta est, petit memoria aut materia quam vel ob id maximè superesse necesse est, ne quod iā ex stipulatione post factam nouationem debetur, sine causa promissum esse intelligatur *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2. l. cùm enim 7. de nouat. iunct. d. l. 2. §. circa de doli mali except.*

2 ¶ Si duo pluréſve tabernam exerceant,& ſeruum, quem ex diſparibus partibus habebant,inſtitorem præpoſuerint: vtrùm pro dominicis partibus teneatur, an pro æqualibus,an pro portione mercis:anverò in ſolidum,Iulianus quærit,& verius eſſe ait, exemplo exercitorum, & de peculio actionis,in ſolidum vnumquemque conueniri poſſe:& quidquid is præſtiterit,qui conuentus eſt,ſocietatis iudicio, vel communi diuidundo conſequetur:quam ſententiam & ſuprà probauimus.

Ad §.2.Si duo pluréſve.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §.eadē eſt,quæ ad *l.1.§.vlt.l.2.& 3.ſupr.de exercit.act.* vbi circa exercitoriam idem ſcribitur, quod in hoc §. Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſeruandum eſſe in inſtitoria ad exemplum actionis exercitoriæ & actionis de peculio, ſi plures tabernam exerceant, & ſeruum quem communem quidem, ſed ex diſparibus partibus habēt. inſtitorem præponant,teneri eos inſtitoria ſingulos non pro dominicis portionibus,aut æqualibus,nec pro iis quas in merce diuerſas habent,ſed in ſolidū, eâdem ſcilicet non tam iuris,quàm æquitatis ratione,ne in plures aduerſarios diſtringatur, qui cum vno contraxerit *d.l.2.de exercit.l.& ancillarum 27.§.vl. infr.de pecul* Et ideò quicquid is præſtiterit qui in ſolidum conuentus eſt ſiue exercitoria,ſiue inſtitoria, ſiue de peculio actione, pro aliorum portionibus repetet ab ipſis, ſiue ſocietatis iudicio ſocij fuerunt, ſiue communi diuidundo, ſi modò ſint illi ſoluēdo. Alioqui nec eum qui ſolus ſoluendo ſit,in ſolidum teneri æquum erit,ne in damno moretur, aut certè non ſuprà quàm ab aliis poſſit repetere *d.l.27.§.vlt. & l.ſeq infr.de pecul.* quia quod in ſolidum ſinguli teneantur & conueniuntur, non tam ad effectum cōdemnationis & exactionis, quàm ad facilitatem agēdi pertinet,vt diximus ad *d.l.3.in fin.ſup.de exerc.act.* & Paulus quoq; docet in *l.prox.ſeq.ver.certè vbicūque.*

14. PAVLVS libro 4.ad Plautium.

IDem erit, & ſi alienus ſeruus communi merci præpoſitus ſit: nam aduerſus vtrumque inſolidum actio dari debet,& quod quiſque præſtiterit:eius partem ſocietatis,vel communi diuidundo iudicio,conſequetur.certè vbicunque actio ſocietatis [a] vel communi diuidundo ceſſat:quemque pro parte ſua condemnari oportere,conſtat: veluti ſi is, cuius ſeruo creditum eſt, duobus hæredibus inſtitutis, ei ſeruo libertatem dederit. nam hæredum quiſque pro ſua parte conueniendi ſunt:quia ceſſat inter eos communi diuidundo iudicium.

Ad l.idem erit 14.

Eſt hic caſus diuerſus à ſuperiore in eo tantùm, quòd ibi tractatur de ſeruo communi ab omnibus dominis præpoſito tabernæ; hîc verò de alieno, ſed communi merci negotiandæ præpoſito, in quo tamen omnia ſunt ſimilia, niſi quòd cùm alienus ſeruus eſt, nihil tractari de dominicis partibus poteſt, quia nullæ ſunt, ſed tantùm de æqualibus vel de iis qua pro ea portione quam quiſque in merce habet conſtituantur. Eædem igitur & dubitandi & decidendi rationes vtroque caſu locum habent.

a *Certè vbicunque actio ſocietatis.* RAT. DVB. Quēadmodum nemo ideò alij obligari debet ad aliquid præſtandum,quod idipſum ab alio ſit repetiturus *l. nemo ideò 171.de regul.iur.* Ita è contrario qui ſemel obligatus fuit,non ideò tantùm liberari debet,quod repetere id poſteà ab alio non poſſit. Semel enim quæſita actio etiam ex contractu ſerui, nec manumiſſione,nec alia vlla de cauſa amitti poteſt *l euicta 16.§.1.infr.de euict.* Ergo ſi is cuius ſeruo, eidémque inſtitori creditum eſt, duobus heredibus inſtitutis eidem ſeruo libertatem directam dederit,quamuis ea datio libertatis faciat,vt ceſſet inter eos communi diuidundo iudicium, quippe quòd non niſi de rebus communibus locum habeat *l.1.ſupr. commun. diuid.l.familiæ 9.C.commun.vtr.iudic.* Communis autem nō poſſit eſſe homo,qui iā liber & ſuus eſt: nō tamen facere debet, vt eo minùs inſtitoria in ſolidum detur contra vnumquemque ex heredibus, quemadmodum datetur ſi ſeruus qui, vt inſtitor contraxit,manumiſſus non fuiſſet:nec enim aduentitij caſus iſti computandi ſunt *l. Iulianus 6. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Præſertim qui ab ipſius debitoris arbitrio & voluntate pēdeant, ne alioqui in ipſius arbitrio ſit creditoris ſui actionem diuidere: quòd in ſolius creditoris poteſtate poſitum eſſe debet *l ſi creditores 18.C.de pact.l.reos 23. Cod. de fideiuſ.* ſicuti neque ex perſonis heredum condicio obligationis immutari debet *l.2 § ex his de verb.oblig.* Nec minùs vno caſu quàm alio ſemper illa ratio ſiue iuris ſiue æquitatis locum habet, quod in plures aduerſarios diſtringi non debeat is,qui cum vno contraxerit *d.l.2.ſupr.de exercit.act.l. & ancillarum 27.§.vl. infr.de pecul.* DEC. Æquiſſimum quidem eſt,non in plures aduerſarios diſtringi creditorem,qui cum vno contraxerit:ſed ita demùm ſi non ex eo futurum ſit,vt in damno moretur ille ex pluribus,ſiue dominis, ſiue heredibus qui in ſolidum conuentus erit. Nam ſi neceſſe ſit, aut creditorem aut aliquem ex dominis aut heredibus manere in damno, æquiùs eſt damnum creditori cedere quòd contingit fortè ex inopia debitoris, quàm vni ex debitoribus, quoties obligatio ſui natura & per ſe diuidua eſt, qualis hæc eſt,in qua non niſi de pecunia & indemnitate agitur,vt diximus ad *§. vlt.* legis præced.& ad *l.1.§.vlt.l.2.& 3.ſup.de exercit act.* Ergo ad Paulum addendum eſt, idem iuris eſſe debere,non tantùm ſi inter

inter eos qui actione institoria conueniantur, cesset actio pro socio; aut communi diuidundo, sed etiamsi competat quidem, sed inutiliter & inefficaciter, ita vt per eam actionem consequi plenam indemnitatem non possitis, qui solidum soluerit, vt in *l. quare* 28. *infr. de pecul.* Sanè in proposita specie cessat, inter tabernæ exercitores actio pro socio & communi diuidundo, propter libertatem seruo institori datam, cùm manumissus communis esse desinat, vt diximus: neque verò ob pecuniarium illud damnum quod ex huiusmodi libertate sentit creditor, impediti datio libertatis debet *l. cùm pater* 77. §. *cùm existimaret de legat.* 2.

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

NOuissimè sciendum est, has actiones perpetuò dari, & in hæredem & hæredibus.

Ad l. Nouissimè 15.

De huius legis sententia iam scripsimus ad *l.* 4. §. *vlt. sup. de exercit. act.* vbi non tantùm de exercitoria actione tractatur, sed etiam de institoria, de qua hîc, itemq; de tributoria, & de in rem verso. Quæ actiones omnes cùm & ex cōtractu dentur, & ad rei persecutionem & heredibus & in heredes dātur, & perpetuò, id est, post annum quoq; ex *reg. l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Tametsi actio de peculio sit interdum annalis *l.* 1. *inf. quand. de pecul. act. annal. est.* cui tamē in aliis plerisq; æquiparātur *l. habebat* 13. §. *vlt. sup.*

16. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SI cum villico alicuius cōtractum sit, non datur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum preponitur. Si tamen villicum distrahendis quoq; mercibus prepositum habuero: non erit iniquum, exemplo institoriæ, actionem in me competere.

Ad l. Si cum villico 16.

RAT. DVB. Villicus perinde præponitur villæ, ac tabernarius tabernæ: villicus enim, aut, vt alij scribunt, vilicus, siue à villa siue à vili eius officio nomen deductum sit, ille propriè est, qui præpositus est rationibus rusticis, fructibus percipiendis, vniuersoq; operi rustico, vt Cuiacius diffinit *libr.* 10. *Obser. cap.* 37. *ex l. in instrumēto* 8. *inf. de instrum. vel instrum. legat. l. pen. in princip. inf. de adim. legat.* adeò vt poëtæ villici appellationem ad Præfectos quoscūque transtulerint, vt ibidē eruditè suo more obseruat doctissimus. Ergo etiā villicus institor dici potest, ac proinde si cum eo contractum sit, dicendū est villæ dominū ex eius cōtractibus teneri debere actione institoria, vel saltem quasi institoria, non solùm si mercibus quoque distrahendis præpositus sit, vt in secunda specie huius legis: sed & si fructibus tantùm percipiendis, siquidē cuicunq; negotio præpositus quis sit, is institor rectè appellatur *l.* 5. *in princip. sup.* DEC. Ea demùm negotiatio facit institorem & parit actionē institoriam, in qua quis propter quæstū præponitur *l.* 1. *sup.* Nam nec nauis nec tabernæ exercitorē alium appellamus, quàm eum ad quē quotidianus quæstus pertinet, vt Iustinianus diffinit in §. *eādem ratione Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* id est, reditus & obuentiones omnes, vt Vlp. explicat in *l.* 1. §. *exercitorem sup. de exercit. act. iunct. l. habebat* 13. §. *vlt. sup. hoc tit.* (quamuis tabernæ exercitor non bene dicatur etiam is, qui eam exercet, sed is demùm qui nauē, vt diximus ad *d. l.* 1. §. 1. *de exercit. act.*) Atqui villicus propter fructus duntaxat percipiendos non etiam propter quæstum præponitur. Quæstus enim appellatione id demum continetur quod ex opera, industria & negotiatione cuiusque descendit *l. coiri* 7. *cum duab. seqq. inf. pro socio: l. venditor* 21. *inf. de hered. vel act. vendit.* Ergo neque villicus institor propriè dicēdus est, neq; ex ipsius contractu potest institoria competere, nec rursum quasi, nisi proponas villicum distrahendis quoque mercibus præpositum fuisse. Quo casu admittit Paulus ex eo contractu qui cum tali villico initus fuerit quasi institoriam, id est, exemplo institoriæ actionem in dominum cōpetere. RAT. DVB. est quoniam mandatum illud distrahendarū mercium non nisi accessio quædam esse videatur prioris præpositionis, quæ tamen villicū duntaxat fecerat, nō institorem, quasi occasione magis quàm electione, ac volūtate in eam rem præpositus videatur *arg. l.* 2. *inf. de riuis l.* 4. *in fin. sup. naut. caup. stabul.* Aut si villicum hūc etiā pro vero institore habere quis velit, cur non ex eius cōtractibus datur mera veraq; institoria, non autem vt Paulus vult vtilis tantùm actio ad exemplum institoriæ? Sed decidendi ratio est, quia tanquam villicus non haberet potestatem distrahēdarum mercium etiam quæ ex eo fundo prouenerunt, nisi hoc ei nominatim mandatum esset. Ergo quamuis non sit propriè institor, quia id ei mandatum est, vt merces villæ distraheret, non quasi nouo institori, sed tanquam villico, iniquum tamen non est, teneri dominum quasi institoria ex ipsius contractibus, quos ad merces distrahendas fecerit, id est, ad exemplum institoriæ, vt & plerisque aliis casibus euenit circa eorum contractus qui non tam institores propriè quàm quodammodo institorum loco sunt, de quibus diximus in *l.* 5. §. *item fullonum & seq. sup. hoc tit.* Mera igitur & directa institoria etiam hoc casu dominus non tenetur, quia nec villicus hic verè institor est, sicut & ex contractu procuratoris non directa, sed vtilis tātùm institoria dari solet, quia nec quasi institor contraxit, sed quasi procurator *l. in cū* 19. *inf. l. idēmque* 10. §. *idem Papinianus inf. mandat. l. liberto* 31. *in princip. sup. de negot. gest. l. Iulianus* 13. §. *si procurator infr. de act. empt.* Aliud enim est procuratorem esse, aliud verò institorem *l.* 5. §. *sed & cùm fullo supr.*

17. IDEM libro 3. ad Edictum.

SI quis mancipiis, vel iumentis, pecoribúsve emendis, vendendisque præpositus sit: non solùm institoria competit aduersus eum, qui præposuit: sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplæ simplæve in solidum actio danda est.

Ad l Si quis mancipiis 17.

RAT. DVB. Qui præposuit institorem, non id agit vt ex ipsius institoris contractibus, alia se obliget actione quàm institoria, cumque institoria detur in solidum, quid potest interesse illius, qui cum institore contraxit, vt eum qui institorem præposuit obligatum habeat aliis quoque actionibus, vt puta redhibitoria, & ex simplæ, vel duplæ promissione? DEC. Qui institorem aliquem præponit emendis, vẽdendisue mercibus, ea omnia facienda institori mandare intelligitur, quæ veniunt in cõsequentiam necessariam venditionis rerum eiusmodi, maximè verò quæ sunt moris & consuetudinis: ea namque in omnibus bonæ fidei contractibus & iudiciis venire solent *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua infr. de ædilit. edict.* & sine quibus venditio contrahi non posset *arg. l. 2. sup. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. sup. de procurat.* Tale autem est, vt venditor si morbosum aut viciosum mancipium aliúdve quid vendiderit, eo nomine ex edicto Ædilium redhibitoria actione teneatur, itemque ad duplam euictionis nomine præstandam si ea promissa sit, imò etiamsi promissa non sit *d. §. quia assidua & tot. ill. tit. de ædil. edict. l. 2. l. si dictum 56. infr. de euict.* Adeo vt nec valeat in contrarium facta pactio, quia contra ædilitium edictum non magis quàm contra prætorium pacisci licet. Ergo ex contractu institoris qui cùm ad vendendas merces præpositus esset mercem aut viciosam aut alienam vendidit, non modò institoria danda est, sed etiam redhibitoria, & ex stipulatione simplæ vel duplæ, & quidem in solidum: nec enim posset institoria sola sufficere ad præstandam emptori plenam indemnitatem, si non institoriæ actioni iungerentur cæteræ quoque actiones. Alius enim est vsus & effectus institoriæ, alius redhibitoriæ, alius denique actionis ex empto ad simplã aut duplam. Idemq; etiã in procuratore iuris est, qui tamen nõ tenetur, nisi ad exemplũ institoris *l. Iulianus 13. §. si procurator inf. de act. empt.*

1 ¶ Si seruum Titij institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit.

Ad §. 1. Si seruum Titij.

RAT. DVB. Is qui cum seruo Titij eodemq; Sempronij institore contrahit, obligatos habet duos ex eodem serui contractu, & quidem diuersis respectibus diuersisque actionibus, Titium tanquam dominum serui, Semproniũ verò tãquam qui institorem præposuerit, Titiũ actione de peculio, vel de in rem verso si in rẽ eius versum sit, vel quod iussu si domini iussu contractũ sit. Sunt enim hæ inferiores illæ partes edicti, quas Paulus hîc intelligit, & de quibus sequenti libro Pandectarũ, Semproniũ verò institoria ex hac parte edicti. Debuit ergo Paul⁹ scribere, eum qui cum huiusmodi seruo contraxit, agere posse & cum Titio & Sempronio, vt ostenderet posse ambos eodem tempore tanquam ex variis causis diuersisq; actionibus cõueniri quarũ vna non impediat aliam, vt in *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Non autem quomodo scripsit, vel cũ hoc vel cum illo, quasi significet non posse illũ agere cum vtroque, sed cum alterutro tantùm, ideoque eligere debere, cum quo malit agere, vt aduersus alium posteà regressum habere non possit, vt in *l. quod in heredem 9. §. eligere infr. tit. prox. & in l. cũ filius 76. §. variis de legat. 2.* DEC. Hæc differentia est inter actiones rei persecutorias & pœnales, quod nũquã actiones pœnales de eadẽ pecunia concurrentes alia aliã consumit *l. nunquã 60. infr. de oblig. & act. l. 2. de priuat. delict. l. nunquam 130. de regul. iur.* vbi abundat certè dictio *præsertim*, quãuis posita etiam in *§. vlt. Instit. de noxal. act.* cùm vtraque lex sit Vlpiani, iisdemq; penitus verbis concepta & sumpta ex eius libris ad edictum, quãuis non ex eodẽ libro, nisi alterutrius inscriptio quoque vitiosa est. At in rei persecutoriis contra, siue aduersus eandẽ personam dentur, vt in specie *l. qui seruũ 34. §. 1. & seq. de oblig. & act.* siue contra diuersas, vt in hoc §. licèt diuersæ sint actiones, diuersarumque causarum *d. §. eligere & d. §. variis.* sibi enim debet imputare qui male eligit, cum eligere potiùs eam actionẽ debuisset, quæ vtilior & cõmodior fuisset. Rectè igitur Paulus ita loquitur, vt dicat eum qui cum seruo vnius, & cũ institore alterius contraxit, agere posse aut institoria cũ eo qui præposuit, aut ex inferioribus partibus edicti cũ domino, non autẽ & cum hoc & cum illo, vt intelligamus eligere illũ debere cũ vtro agere malit. Quãuis & qui sic loquitur, vt dicat agere quẽ & cum hoc & cũ illo posse, non idcirco eligendi necessitatẽ excludat *l. si creditor 37. §. pen. inf. de pecul. iunct. l. si noxali 11. §. pen. l. si ex duobus 32. in princip. l. quoties 47. §. si creditor eod. tit.* Iunge quæ scripsi ad *l. sed si pupillus 11. §. si institoria supr. hoc tit.*

a *Sed si tu cũ eo cõtrahi vetuisti.* RAT. DVB. & DECID. ad hunc versiculum eadẽ est, quæ ad *l. sed si pupillus 11. §. condicio versic. sed etsi denuncietur sup. hoc tit.* quantum ad hoc quod initio huius versiculi scriptũ est, si cum seruo Titij, eoq; tuo institore contrahi vetueris, tecum institoria agi non posse. Hoc enim satis Paulus exprimit cùm ait, cũ Titio serui domino agi dũtaxat posse. Sed hoc ipsum, quod ait, ex eo cõtractu quem institor contra præponentis prohibitionẽ inierit, agi nihilominùs posse contra dominũ, recipere dubitationẽ aliquã videtur ex eo, quod validitas huius contractus scindi non posse videatur. Sunt enim contractus omnes indiuidui quantum ad hoc ne pro parte valeant, pro parte non valeant *l. tutor vrgentibus 47. §. sup. de minor. l. cùm ex causa 139. de verb. oblig. l. si quis aliã 46. de solut. l. si non sortẽ 26. § si centũ sup. de condict. indeb. l. fundus ille 64. inf. de contr. empt.* quod & in sententiis obtinet *l. in hoc iudicio 27. sup. famil. ercisc.* Nec debet vna eademq; res diuerso iure censeri *vulg. l. eum qui ædes 23. inf. de vsucap.* Ergo si ex contractu huius institoris ne quidẽ ille obligatur qui institorẽ præposuit, multo minùs dominũ ipsum vel de peculio vel aliis supradictis actionibus obligari æquũ est, quo ignorante ac fortassis etiam inuito seruus contraxit. Sed decidendi ratio est, quia prohibitio eius qui institorem præposuerat, non facit quin contractus in totum valeat, sed tantùm vti ne ex eo possit obligari institoria ille qui præposuerat, quia contra eius prohibitionẽ contractũ est. Cùm ergo cõtractus teneat, quidni ex eo dabuntur contra dominum actiones omnes quas ex quibuslibet seruorum contractibus Prætor contra dominum quemlibet ex summa æquitate comparauit? Nam etsi dominus ipse seruo eidemque institori suo prohibuisset, ne cum quoquam contraheret, ea tamen res non liberaret dominũ quominùs ex contractu serui etiã post eã prohibitionẽ gesto cõueniri posset de peculio *d. l. quoties 47. in princip. inf. de pecul.* vt neq; ab actione de in rem verso, si in rem domini versa pecunia probaretur: quo casu

quo casu quod magis est etiam institoria dominus teneretur §. *Proculus infr. hac lege.* Planè non teneretur, quod iussu si iussum reuocasset, antequàm creditor contraheret l.1.§.*sed ego quaero infr. quod iuss.*

2 ¶ Si impubes patri habenti institores, hæres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum est in pupillum dari actionem, propter vtilitatem promiscui vsus: quemadmodum vbi post mortem tutoris [a], cuius auctoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur.

Ad §. 2. Si impubes.

RAT. DVB. In alio quidē herede quolibet ita esse constat, vt si is qui institorem præposuit decesserit, quisquis heres ei extitit ex eiusdē institoris cōtractibus siue ante siue post aditā hereditatē factis, perinde teneatur institoria, atq; si præposuisset, quod imputari ei possit, nō solū si eiusdē institoris opera vsus sit, sed etiā cur non remouerit *l. cuicumque 5. §. pen. sup.* Sed in pupillo difficilius id videtur, cū sine expressa tutoris authoritate obligari non possit, & quidē quę in eo ipso actu interueniat, ex quo id agitur, vt pupillus obligetur *l. obligari 9. in princip. & §. tutor inf. de author. tutor.* Atqui non ponit Paulus tutoris authoritatē vllā in hac specie interuenisse, imò neq; tutorem vllū fuisse, qui vel institorē remouere, vel authoritatem pupillo in institore retinēdo præstare potuerit, quod diuersum erat in specie *l. sed si pupillus 11. in princip. sup.* vbi rationē Vlp. reddit, cur æquissimū sit teneri pupillū ex contractibus institoris quādiu prępositus manet, propterea ꝙ remouendus fuerit à tutoribus si opera eius vti nollent. Quæ ratio vt nemo nōn videt, obiici nō potest pupillo tutorē nullū habenti. Ergo hoc saltē casu quo nullus pupillo tutor sit, dicendum est ex contractu institoris à patre præpositi actionē institoriā in pupillum dandā non esse, si post patris mortē institor contraxerit. DEC. Pupilli quidē persona fauorabilissima est, & multa meruit priuilegia, *l. ex pluribus 42. in fin. infr. de admin. & peric. tutor. l. dabimusq; 19. §. 1. infr. de reb. author. iud. possid. aliàs l. 4. de priuileg. credit. l. idemq; est 7. infr. qui potior. in pignor. hab. l. pupillus 9. l. necessariis 57. de acquir. hered.* ita vt pupilli vtilitas etiā ad Reipublicæ vtilitatem aliqua ex parte spectare videatur, vnde etiā est, quod tutela publici magis quā priuati iuris esse dicitur, & tutelæ munus ac officiū publicū non priuatum. Sed tamen nō vsq; adeò fauendū pupillo est, vt non potior esse debeat causa ipsius Reipublicæ ex vetustissima illa, & omnium antiquissima lege duodecim tabularū, *salus populi suprema lex esto.* Vtilitas porrò Reipublicę maximè circa cōmerciorū vtilitatē versatur, quā Paulus hîc eleganter vocat vtilitatem promiscui vsus, cùm sine cōmerciorum libertate neq; augeri neque subsistere Respublica possit, vt diximus ad *l. 1. sup. de exercit. act.* Nihil autem est quod exercendis cōmerciis & propagandis tantopere prosit, quātùm si publicè ac bona fide, contrahentes sciant se tutò contrahere *l. quòd si minor. 24. §. 1. sup. de minor.* Mortuo autē pupilli patre qui præposuerat institorē, si institor in officio publicè perseueret, quis ferat eos qui cū eo contrahere publicè velint, cogi priùs inquirere, an pupillus tutores aliquos habeat necne qui institorē illū vel remouere possint vel retinere? Annō moras illas omnes vtilitas promiscui vsus reiicit? Ergo quāuis sciant contrahentes & defunctū esse patrem impuberis, & tutores ei nullos adhuc datos esse, dicendū tamē est non eo minùs tutò illos cum institore contracturos, & eo vsque producendā esse cōmerciorū vtilitatem, vt loquitur Vlp. quāuis in alia specie in *l. 1. §. magistrū autē sup. de exercit. act.* In quo tamen miū videri possit deteriorē pupilli quàm aliorū condicionē esse, quæ tamen melior esse deberet. Nā in cęteris ita ius est, vt qui cū defuncti institore ante aditā hereditatē contraxerunt, acquirant sibi institoriā contra futurum heredē ita demum, si mortē præponentis ignorauerint, vt dicemus in *§. seq.* & iam diximus in *l. 5. §. pen. sup. hoc tit.* At cōtra pupillū damus institoriā citra vllā distinctionē scientiæ aut ignorantiæ, propter vtilitatem promiscui vsus, vt scriptū est in hoc §. sed ratio diuersitatis euidens est, quia pupillus qui patri heres extitit, heres est statim & ipso iure citra aditionē aut immixtionem vllam, ita vt nec hereditas vlla fuisse existimetur *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* Nec quod fortè tutorem adhuc nullum pupillus habeat, ad rem facit, non magis quàm quod abstinere se possit *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* Neque tamen ea res valde damnosa est pupillo, cùm possit suo iure se abstinere, tum quoque cùm tutore authore se immiscuit *l. impuberibus 11. & seq. de acquir. her.* etiam citra restitutionem in integrum *d. l. necessariis 57. eod. l. pen. de author. tutor. l. ex contractu 44. infr. de re iudic.* atque ita institoriæ actionis, cæterorumque onerum hereditariorum omnium periculum euitare *l. quoties 44. & d. l. necessariis de acquir. hered.* Sed extra causam paternę hereditatis, si cum institore contractum esset ante aditam à pupillo hereditatem extranei, pupillus proculdubio iure extranei vteretur, nec aliis obligaretur creditoribus quàm qui mortem patrisfamilias ignorantes cum institore contraxissent. Et sanè difficilius est, vt siue pupillus siue tutores eius eum institorem remouere debeant, quàm vt eum qui ab alio præpositus sit. Is enim honor debetur quodammodo reuerentiæ iudicij paterni, vt diximus ad *dict. l. sed si pupillus 11. supr.*

a *Quemadmodum vbi post mortem tutoris.* RAT. DVB. Tutoria potestas sicuti non nisi vicaria quodammodo est patriæ potestatis, ita longè minorem habet authoritatem, minoremque durationem. Nam patria potestas licèt morte patris finiri videatur, attamen per tutoris dationem quæ patri permissa est, in id vsque tempus extendi videtur, quo pupillus fiat pubes, vt sibi ipse consulere aliquo modo possit *l. 1. de tutel.* At tutoris potestas omnino finitur morte tutoris, ita vt nec vlla eius vestigia remanere debeant. Ergo quamuis vtilitas promiscui vsus faciat, vt contra pupillum indistinctè danda sit institoria ex contractu institoris à patre præpositi, quamuis post obitum patris gesto, siue pupillus tutorem aliquem habeat, siue nullum, & siue defunctum patrem contrahentes sciant, siue ignorent, vt proximè diximus, non tamen bona consecutio est, vt idem quoque dicendum sit, si post mortem tutoris institor qui à tutore præpositus fuerat, cū aliquo contraxerit. Nullo modo enim præpositus dici posse videtur, defuncto iam tutore qui eū prępsuerat. Nec rursus tantam reuerentiā pupillus debet iudicio tutoris sui, quantā paterno eū debere constat,

Dec. Institor præpositus à tutore etiam non interueniẽte persona pupilli perinde ab ipso pupillo præpositus intelligitur, ac si pupillus cum tutoris authoritate eum præposuisset, quia tutor domini loco habetur, vt diximus ad *l.5.§.vlt.supr.hoc tit. ex l.qui fundum 7.§.si tutor.infr.pro emptor.l.u qui in puteum 11.§.an ignoscitur infr.quod vi aut clam.l.interdum 56.§.qui tutelam infr.de furt.* Ergo licèt tutor sit mortuus, institor tamen durat, quandiu à pupillo superstite aliisve ipsius tutoribus non remouetur. Estque hic casus minùs dubitabilis, quàm superior, quem ideò Paulus huic æquiparat, vt facere solent, qui casum dubitabiliorem ex minùs dubitabili comprobare volunt. Non enim sicut institor à tutore præpositus, ab ipso pupillo præpositus videri debet, ita & qui à patre. Quod autem à tutore fit pupilli nomine, aut ab ipso etiam pupillo ex tutoris authoritate, si semel ritè factum sit, durat perpetuo, nec cum tutela ipsa finitur, sed pupillum ipsum pupillique heredes in perpetuum obligat.

3 ¶ Eius contractus certè nomine, qui ante aditam hæreditatem intercessit, etiam si furiosus hæres exsistat, dandam esse actionem, etiam Pomponius scripsit. non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.

Ad §.3. Eius contractus.

Est hic §. potiùs pars quædam superioris, & ita à nobis tractatus est *libr. 2. Coniect. cap.11.* vbi & superiorem quoque sententiã explicauimus, & eam quæ in hoc §. subiicitur emendauimus in postremis illis verbis, *non enim imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxit*: vbi pro *sciens* legendum esse *nesciens* docuimus, ne alioqui pugnet hic locus cum *l.cuicunque 5.§.pen.supr.* quo loco manifesta ponitur differentia inter eos qui contrahentes cum institore ante aditam hereditatẽ sciuerunt mortem defuncti, & eos qui ignorarunt. Et certè vix est, vt non imputari possit ei qui sciens dominum iam decessisse contraxit cum institore ante aditam hereditatem, cùm expectare debuerit, vt aliquis heres esset, qui eum institorem vel remoueret, vel retineret. Sicut & in aliis plerisque euenit necessariò, vt heres expectandus sit *l. hereditas in multis 61. de acquir. rer. domin.* Sic & in *l. filia 88. de solut.* in illis verbis, *pretia rerum quæ sciebãt esse pupilla* erratum esse, puto & legendum *quæ nesciebant*, vt alibi docuimus. Illud tamen hîc difficile est, quod Paulus de eo contractu loquens, qui ante aditam hereditatem intercessit, ait, dandam esse actionem institoriam, *etiamsi* inquit, *furiosus heres existat*. Certũ enim est furiosum heredem esse non posse, nisi patri suo cui & suus & necessarius heres est *l. 2. supr. de condict. furt.* ideoque necessariam olim fuisse bonorum possessionem quæ ipsius curatoris decreto dabatur ex illa parte edicti, quæ est *de bonor.poss.furios.infant.mut.surd.cæc.dand.l.1. ill tit.l. Licinius 48.§.1.de legat.2.* quam & hodie necessariam esse voluit Iustinianus in *l.vlt.§.sin verò perpetuo & seq.C.de curat.furios.* quamuis idem Iustinianus permiserit tutori non minus quàm patri, adire hereditatem extranei nomine infantis in *l. si infanti 18. C. de iur. delib.* Adeo enim furiosus incapax est acquirendæ hereditatis, vt nec si filium habeat heredem ab extraneo institutum iubere ei possit adire *l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered.* At rursus si hunc locum intelligas de furioso, qui patri suus & necessarius extiterit, non poterunt explicari verba illa Pauli *ante aditã hereditatem*, cùm in suis hereditas nulla sit hereditas, nec iacens, nec quæ adiri possit, vt ad præcedentem §. scripsimus ex *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* Non enim qui iam ipso iure heres est, magis heres fieri per aditionem posset, quia nec quod iam meum est magis meum fieri potest *§. sic itaque Instit. de act.* Quare non dubito quin delenda sit dictio *furiosus*, addita scilicet ab imperito interprete existimãte sensum alioqui perfectum esse non posse & frequẽtem esse in libris nostris furiosi & impuberis comparationem, vt & in *l.3.§.1.infr.tit. prox. l.1.§.hoc edicto ne vis fiat ei l. Fulcinius 7.§.planè interdum quib.ex caus.in poss.eat.* nec animaduertente posse suppleri commodissimè ex §. præcedente, cuius hic velut appẽdix est repetita dictione *impubes*: nam & verba illa à quibus inchoatur hic §. *Eius certè contractus nomine* ostendunt satis eandem tractationem, & speciem continuari de impubere, sed non qui patri suo heres extiterit, vt in specie præcedenti, at qui extraneo à quo fuerit institutus, vel tanquam proximus agnatus ei ab intestato successurus: ideoque videtur mihi Paulus summo, vt semper solet, iudicio de impubere locutus esse, non de pupillo, quia pupillus dicitur quis ex comparatione patris tantùm, quo qui non caret impubes quidem esse potest, & à patre adhuc viuo emancipatus, sed pupillus esse non potest: impubes verò ex comparatione magis extranei siue viuo adhuc siue mortuo iam patre. Et consequenter melius fuit de impubere loqui, quã de pupillo cùm de eo loqueretur Paulus qui & patri & extraneo heres fuisset. Quisquis enim pupillus est etiã impubes est. At non è contrario quisquis est impubes etiam pupillus est, sententia igitur Pauli est, etiam contra impuberem dandam esse institoriam non solùm si patri suo institorem iam habenti heres extiterit, sed etsi extraneo, si fortè ante aditam extranei hereditatem institor cum aliquo cõtraxerit nesciente adhuc decessisse illum qui institorem præposuerat. Priore igitur casu dandam indistinctè contra impuberem actionem institoriam, posteriore verò non nisi cum distinctione scientiæ & ignorantiæ. Cæterùm vtraque sententia est de impubere, non de furioso, idq; à me obseruatum nõ fuisse cùm in Coniecturis scriberem ad hunc locum certè miror. Cætera non malè explicauimus, præsertim quæ ad aliam emẽdationem pertinet, contra Iacobum Cuiacium cæterosq; interpretes, qui actionem institoriã ex cõtractu ante aditã hereditatẽ inito ei quoq; dant, qui eo contractus tẽpore sciebat iã defunctũ patrẽfamilias, & iacere hereditatẽ, contra *l.5.§.pen.sup.hoc tit.* Satis enim est propter vtilitatẽ promiscui vsus fauere ignoranti cui nec semper alioqui succurritur. Puta si tibi nummos in hoc dedissem, vt eos alicui crederes, & eos tu me mortuo ignorãs me mortuũ etiã ignoranti credidisses: nõ enim eo magis facti essent accipientis *l.pen.* vbi diximus *supr. de reb. credit.* Nimirũ alia causa est dispẽsatoris, alia institoris, negotiũ institoris ad publicã vtilitatẽ spectat commerciorum, non etiam officium dispensatoris. Quamquam in dispensatore quoq; potest fieri distinctio scientiæ & ignorantiæ, si nõ de credendis & alienãdis ab eo nũmis, sed de solutione ipsi facta tractetur, vt in *d.l.pen.de reb.credit.l. dispensatorẽ 62. de solut.* Planè si quis sciẽs dominũ iam decessisse

decessisse cum institore nihilominùs contraxerit, siquidem post aditam hereditatem, æquè habebit institoriam, quia iustam suspicandi causam habet, retentum fuisse institorem ab herede hoc ipso quod eum non remouit, quem remouere potuerat & debuerat, si eius opera vti nollet. Si verò ante aditam hereditatem, non aliter quàm si ignorauerit patremfamilias defunctũ esse: alioquin si sciuit etiam scire illud debuit extinctam & finitam fuisse præpositionem morte præponentis. In quo certè insignis error fuit Cuiacij, putantis, morte eius qui institorem præposuit, mercaturis faciendis, non finiri præpositionem nec officium institoris, sed institorem remouendum esse ex *d.l. sed si pupillus* 11. *sup.* Quomodo enim aut à quo remouebitur institor ante aditam hereditatem *d.l.* 5. §. *pen.* Nec bona est consecutio, vt quia etiam post patrisfamilias mortem cum institore tuto contrahitur, eius officium duret. Id enim fit in extranei institore, non quia morte non sit finita præpositio, sed ne circumueniatur ignorantia probabilis eorum qui cum ipso contraxerunt, vt contingit etiam in eo, qui præposito ad accipiendam solutionem bona fide soluit, ignorans finitum esse aut morte, aut expressa etiam reuocatione, aut quo alio denique modo, mandatum *l. si quis seruo* 18. *l. qui hominem* 34. §. *si Titium infr. de solut.* §. *item si adhuc Instit. de mandat. l. inter causas* 26. *infr. mandat.*

4 ¶ Proculus ait, si denuntiauero tibi, ne seruo à me præposito crederes, exceptionem dandam, *Si ille illi non denuntiauerit, ne illi seruo crederet.* sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim. quo locupletior sim, soluere: replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quæram.

Ad §. 4 Proculus ait.

RAT. DVB. Qui prohibitus est, ne cum institore contraheret, siue per proscriptionem publicam, siue per specialem denunciationem, si contrahat, institoriam habere non debet, saltem quæ sit vtilis & efficax & sine exceptione: Imputandum enim est, cur contra prohibitionem fecerit *l. sed si pupillus* 11. §. *de quo palam & seq.* §. *condicio versic. sed etsi denuncietur.* & hac ipsa lege §. 1. *supr.* Itaque exceptio domino danda est, *si ille illi non denunciauerit, ne illi seruo crederes.* Ergo etiamsi ex eo contractu peculium habere incipiat seruus, qui antea nullum habebat, aut etiam si voles in rem domini versum sit, nec velit dominus id in quo locupletior factus est soluere, non ideò tamen per institoriam actionem condemnari dominus debet, sed sufficit creditori quod eum possit adhuc de peculio vel de in rem verso conuenire *l. quoties* 47. *in princip. inf. de pecul.* Pessimi namque exempli est, vt institoria detur ex contractu institoris prohibiti, cùm nec institor aut præpositus videatur is, qui prohibitus est *d.* §. *de quo palam.* DEC. Is demum institor præpositi & institoris loco haberi desinit, cui in totum prohibitum est, ne cum vllo contrahat, vt in *d.* §. *de quo palàm &* §. *sed si in totum eiusd. leg. & d. l. quoties.* Nec proinde hoc casu locum habere institoria potest. Sed specialis denunciatio alicui facta ne cum institore cõtrahat sicuti non remouet institorem, ita nec institoriam excludere potest, sed tantùm tribuere domino exceptionẽ per quam se tueatur cùm à creditore conueniri incipiet. Porrò sicuti æquitate defensionis & exceptionis potestas actionis infringitur *l. qui æquitate* 12. *infr. de doli mal. except.* Ita & aliquando æquitas ipsa exceptionis per potentiorem æquitatem replicationis eliditur. Id verò tum maximè contingit, cùm replicatio doli habere locum potest, quæ omnium fortissima est. Nam sicuti aduersus doli exceptionem nunquã datur doli replicatio, vt eleganter Vlp. ex Marcello scribit in *l.* 4. §. *Marcellus eod. tit.* ita neque aduersus doli replicationem duplicatio vlla vnquã dari potest. Atqui cùm per contractum serui eiusdemque institoris post denunciationem initum, vel seruus ille peculium habere cœpit, vel quo alio modo negotium in rem domini vertit, in dolo certè incipit esse dominus, qui prætextu denuntiationis recusat soluere, id etiam in quo locupletior factus est, iurisq; occasionem ad iniquum suum trahit cõpendium, vt loquitur *l. vlt. C. pro empt.* Annon enim facit dolũ malum qui ex aliena iactura lucrum quærit? *l. iure natura* 206. *de reg. iur. l. nam hoc natura* 13. *supr. de condict. indeb.* Ergo replicatio doli aduersus exceptionem domini hoc casu danda erit, vt per institoriam actionẽ condemnari perinde dominus possit, atque si denunciatio nulla interuenisset: nam neque denunciatio hæc obstare posset, ne institoria quoque cessante conueniendus esset dominus, & cogendus soluere actione de peculio, vel de in rem verso *d. l. quoties.* Quæ autem ratio parere posset actionem, multo magis & exceptionem parere potest, & replicationem, quæ ipsa nihil nisi exceptio est *l.* 2. §. 1. *de except. iunct. l.* 1. §. *is autem de superfic. l. inuitus* 156. §. 1. *de regul. iur.* Eatenus tamen replicatio hæc dari debebit, quatenus ex eo serui contractu dominus locupletior factus probabitur. Itaque si non in totum, sed pro parte tantùm factus sit locupletior, pro parte tantùm institoria tenebit, eritque efficax pro alia parte, exceptio præualebit. Obseruãdus autem est casus hic singularis, in quo is qui agit institoria probare cogitur locupletiorem factum esse dominum aut succumbere. Id enim regulariter non obtinet in eoque potissima versatur vtilitas actionis institoriæ, vt eligere illam actor debeat, potiùs quàm actionem de in rem verso, quæ oneratur semper necessitate probandi pecuniam in rem domini versam esse §. *ceterùm Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. est.*

5 ¶ Ex hac causa etiam condici posse, verum est.

Ad §. vlt. Ex hac causa.

RAT. DVB. Is qui habet actionẽ ciuilẽ frustra desiderat honorariam *l.* 1. *sup. de Publician. in rem act.* Atqui cõdictiones omnes sunt ciuiles, institoria verò actio honoraria est *l.* 1. *sup.* Ergo si cõdictio ex hac causa cõpeteret in specie superioris §. institoria locũ habere nõ posset. Atqui locũ habet institoria, vt vidim⁹: Ergo cõdictio locũ habere nõ debet. DEC. Condictiones omnes licèt ciuiles actiones sint, attamẽ ex summa æquitate proficiscuntur, vt & actiones Prætoriæ *l. si & me & Titium* 32. *supr. de reb. credit. l. nam hoc na-*

tura 14. & seq. l. hac condictio 66. supr. de condict. indeb. l. rerum 25. infr. rer. amot. Nihil ergo vetat, condictionem cum actione institoria concurrere, præsertim verò condictionē certi quæ generalis est, & ex omni contractu competit *l. certi condictio 9. in princip. & §. quoniam igitur & l. si à furioso 12. supr. de reb. credit.* Proinde si in specie §. superioris ille qui cum seruo eodemque institore tuo contraxit, post tuam licèt denunciationem, pecuniā ei dederit, quæ in rem tuam versa sit, non tātùm institoriam habere debet, eamque efficacem & vtilem beneficio replicationis doli, vt diximus, sed etiam condictionem: Quam verò condictionē? Plures enim sunt, nec omnes omni casu competunt. Puto ego locum esse condictioni sine causa, quia licèt non sine causa pecunia creditoris ad te peruenerit, quæ ex contractu peruēnit, & in rem tuam versa est, incipit tamen esse nunc penes te sine causa cùm improbas eum contractum tanquam contra tuam prohibitionem factum, ideoque nec pateris te institoria conueniri. Nihil enim refert ad inducendam condictionem sine causa, an ab initio causa nulla fuerit, an quæ fuit redierit ad non causam *l. 1. §. penult. & vltim. l. 2. in fin. l. 4. supr. de condict. sin. caus.*

18. IDEM libro singulari de variis lectionibus.

INstitor est, qui tabernæ, locóve, ad emendum, vendendúmve præponitur: quique sine loco ad eundem actum præponitur.

Ad l. Institor 18.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l. 3. 4. & 5. supr. hoc tit.* vbi æquè tractatur de nomine, diffinitione, & officio institoris, aliud prætereà nihil.

19. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

IN eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, vtilis ad exemplum institoriæ dabitur actio, quod æquè faciendum erit [a], & si procurator soluendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Ad l. In eum 19.

RAT. DVB. Procurator cui mandatum est, vt pecunias mutuas acciperet, non ideò ex procuratore factus est institor: Aliud enim officium est procuratoris, alia verò institoris, & aliter tenetur procurator, aliter institor *l. cuicunque 5. §. sed & cùm fullo 10. sup. hoc tit.* Possúntque sufficere obligationes mandati, quæ inter mandantem & procuratorem cōtrahuntur, & quæ mutuas actiones pariunt, directam mādanti, & procuratori contrariam. DEC. Is qui procuratori suo mandat, vt pecuniā mutuam accipiat, quasi præposuisse illum videtur mutuæ accipiendæ pecuniæ: Ergo vtili actione quasi institoria teneri debet & ad exemplum institoriæ actionis *l. idemq; 10. §. idem Papinianus infr. mandat.* vbi Vlpianus ex Papiniano nostro scribit, etiam fideiussori condemnato qui ideo fideiussit, quòd procuratori dominus mandasset, vt pecuniam mutuam acciperet, vtilem actionem hanc dandam esse. Quod & scriptum est in *l. liberto 31. in princip. de negot. gest.* vbi idem Papinianus & creditorem & fideiussorem æquiparat, data vtrique negotiorū gestorum actione, scilicet inquit ad exēplum institoriæ actionis: nam & hic fideiussor nihil nisi creditor est, non etiā mandatarius, cùm fideiubendi mādatum nullum habuerit *l. ex mandato 20. §. 1. mandat.* sed ad fideiubendum accesserit sola contemplatione mandantis & mandati, quod procurator à domino habuerat, vt mutuas pecunias acciperet: Est enim hæc fideiussio sequela quædā principalis negotij pro quo institoria competeret *l. cuicunque 5. §. item fideiussori supr.* Est autem longè alia ratio institoriæ actionis, alia mandati: nam mādati actiones mutuæ inter mandantem & mandatarium exercentur: At institoria ei necessaria est, qui cùm procuratore contraxit, vt non modò procuratorem ipsum ex suo contractu obligatum habeat directa actione, de qua nemo dubitat, sed vt in eum quoque agere possit, qui procuratori, vt contraheret, mandauit. An enim mandauerit, vt ille mutuas pecunias acciperet, an vt aliquid emeret, vel venderet, alitérve contraheret, nihil refert *l. Iulianus 13. §. si procurator inf. de act. empt.* Sed et si fideiussor ex mandato fideiussisset, atque ita contra eum actionem mandati contrariam habere posset, adhuc tamē eius valde interesset agere potiùs institoria: quia mandati actio competere non potest ei, qui nondum soluit pro indemnitate consequenda, licèt iam condemnatus sit, quousque ipse satisfecerit, quamuis secuta iam condemnatione, & aliis quibusdam casibus, de quibus in *l. si pro ea 10. C. mandat. l. Lucius 38. §. 1. infr. eod. ill. tit.* possit vltro agere fideiussor mandati, vt liberetur *l. si mandatu 45. §. quoties autem eod. tit.* At institoria potest ei esse vtilis etiam nulla dum secuta condemnatione, nec expectato eo vt fideiussor diu steterit in obligatione, nec rursum inspectis facultatibus fideiussoris, & an pecuniam habeat in numerato, quam possit statim soluere creditori, & sic mandati agere: quomodo in mandati actione seruatur *d. l. Lucius §. 1. & d. l. si pro ea.* Sed cur non dat Papinianus hoc casu directam institoriam creditori aut fideiussori, sed vtilem duntaxat? Nimirum quia dominus mandauit quidem procuratori, vt mutuam pecuniam acciperet, sed tanquam procuratori non tanquam institori, non mandaturus fortasse nisi procuratorem eum iam habuisset: sicut & in specie *l. si cum villico supr.* non nisi vtilis institoria datur ex contractu villici ad distrahendas quoque merces præpositi, quia non tam quasi institor quàm quasi villicus, & ex ea occasione quod villicus iam esset præpositus in eam rem videatur, vt ibi diximus. Iunge *l. pen. C. hoc tit.*

a *Quod æquè faciendum erit.* RAT. DVB. Vel procurator de quo hîc Papinianus tractat mandatum speciale habuit, vt stipulanti pecuniam promitteret, vel non habuit: si habuit, cur non tenetur dominus institoria simpliciter, vt in superiore casu, id est, non adhibita ea distinctione quā Papinian⁹ hîc adhibet, an pro-

an procurator sit soluendo néc ne? neque enim distinctio hæc in institore aut in institoria actione adhibetur: si verò mandatum in eam rem speciale non habuit, cur tenetur dominus institoria vel quasi institoria, etiamsi procurator sit soluendo? mandati enim probatio ad quasi institoriam inducendam omnino exigitur *leg. penultim. & vltim. Cod. hoc tit.* Alioqui procurator generalis si contrahat etiam nomine domini, cuius procurator est, se solum obligat, non dominum, promittendo stipulanti, quemadmodum è contrario si quid ipse stipularetur, sibi acquireret, non domino, ne quidem vtilem actionem nisi dominus præsens fuisset *l. si procuratori præsentis 78. de verb. oblig.* aut procurator ex re ipsius domini mandato non refragante stipulatus esset *l. quod procurator 68. supr. de procurat.* & ideo actione mandati cedere cogitur domino ea actione quam ipse stipulando sibi quæsiit *l. possessio 49. §. 1. in fin. de acquir. poss.* est enim multo facilius & tolerabilius, vt procurator etiam citra speciale mandatum domino acquirat, quàm vt dominum obliget, quia fauorabiliores sũt acquisitiones quàm obligationes *l. obligari 9. infr. de autho. tutor l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. filiusfamilias 22. infr. de solut. l. melior 133. de reg. iur.* Dec. Intelligenda proculdubio est hæc Papiniani sententia de alio procuratore quàm de quo in principio legis dictum est, id est qui præpositus fuerit mutuis accipiendis pecuniis: is enim dominum obligaret omnimodo institoria actione: non tantùm si mutuam pecuniam accepisset, seque condictione certi ex mutuo creditori obligasset (qui tamen casus minorem haberet dubitationem, quia idipsum procurator fecisset, quod ei nominatim mandatum esset) verum etiam si acceptas mutuas pecunias se restituturum stipulanti creditori promisisset, quo casu non tam mutui quàm verborum obligatio contracta videretur: numeratio autem facta esse implendæ duntaxat stipulationis gratia vt eleganter scriptũ est in *l. cum enim 6. iunct. §. 1. legis praeced. infr. de nouat.* etsi enim hoc posteriore casu aliud videtur fecisse procurator, quàm quod mandatum ei fuerat, quia mandauerat ei dominus, vt pecunias mutuas acciperet, non item vt stipulanti quicquam promitteret. Quid tamen creditoris interest an procurator condictione certi ex mutuo se obligauerit an ex stipulatione? An non vtroque casu eadem contrahendæ obligationis causa subest, quod mutuas pecunias procurator ex mandato domini à creditore acceperit? Aut quid refert, quidnam ex æquipollentibus fiat, dũmodò voluntati mandãtis satis fiat, si non in contrarium certa forma præscripta sit? *l. si quis pro eo 46. & l. vltim. §. 1. infr. mandat.* Tractat igitur Papinianus in posteriore hoc versiculo, de procuratore generaliter dato ad negotia, nec tamen cum libera rerum omnium administratione quem non possis institorem dicere, quia non sicuti procurator, ita & institor quisquam generalis dici potest. Certè autem rei & negotiationi præpositum quem esse oportet, vt institor videri possit *l. 3. 4. & 5. in princip. & l. prox. supr.* Finge itaque procuratorẽ hunc generaliter datum vel stipulanti promisisse vel mutuas pecunias accepisse, cùm tamen neutrũ ei mãdatum esset. Quemadmodum non est institor ita neque dominum institoria actione obligare potest, nec rursum quasi institoria simpliciter, vt in casu præcedente, sed tamen obligabit eum quasi institoria cum hac distinctione si soluendo ipse sit, quia cùm mandatum generale habeat, plus iuris habet ad contrahendum, siue pecunias mutuas accipiat, siue stipulanti promittat, quàm si nudus negotiorum gestor esset, & quamuis procurator numquã sit institor, plerumque tamen propè accedit ad institorem, quia præpositus semper est aut alicui negotio, aut omnibus. Ergo temperamentum hoc inducendum est, vt obliget quidem dominum quasi institoria, quod nudus negotiorum gestor facere non posset, sed non aliter tamen obliget, quàm si soluendo sit, vt domino quasi institoria conuento indemnitatem præstare possit, quæ distinctio neque in vero institore neq; in eo qui tanquã procurator magis quàm quasi institor speciale mandatum habuisset, admitteretur, népe quia & cũ institore, & cũ procuratore qui mandatũ speciale habeat, rectè tutoq; contrahitur vt de tutoribus scriptũ est in *l. 4. in fin. infr. de tut. l. 4. §. illa etiam quæstio infr. de doli mal. except.* Sed cum procuratore generali non æquè tutò contrahitur ad obligandum dominum, quamuis ipse procurator, qui contrahit omnimodo obligetur. Ideóque necessaria distinctio est, an soluendo sit, an non, quomodo & aliis plerisque casibus eadem distinctio adhibetur scilicet cùm iniquum esset morari in damno eum qui ex alieno facto conueniatur, si non vsque adeo potuit obligari, vt eius tãdem periculo totam obligationem cedere oporteat, vt in *l. filia 88. de solut.* Ita enim fit, vt & ei qui cũ procuratore contraxit, bene cõsulatur, data ei etiam contra dominum quasi institoria actione, & ipsi etiã domino non aliter data in eum actione quasi institoria quàm si procurator soluendo sit, quemadmodum solebat Pomponius dicere cùm pupillus ex dolo tutoris sui vel furiosus ex dolo curatoris conuenitur *l. 3. §. 1. infr. tit. prox.* ne alioqui contractus per procuratorem quidem initus, sed sine vllo speciali mandato, afficiat damno dominum, qui non fuerat fortasse id specialiter mandaturus. Simile quiddam vidimus in *l. habebat 13. §. vltim. & l. seq. supr. hoc tit.* & videbimus in *l. & ancillarum 27. § vlt. cum l. seq. infr. de pecul.* Et verò æquissimum omniũ est, huiusmodi temperamentum per quod vtrique parti commodissimè consulitur, vt neutra lædatur *l. ex hi 8. in fin. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. infr. solut. matr.* Planè in procuratore generali cui etiã libera rerum omnium administratio data esset, dubitationem nullam res haberet, quia generale illud mandatum *cum libera*, vt vocant, æquipollet mandato speciali in rebus omnibus, ideóque perinde ac speciale mandatum induceret quasi institoriam indistinctè, id est nõ adhibita illa distinctione, an soluendo esset procurator, an non: quam nec Papinianus noster adhibet in prima specie huius legis nec in *d. l. idemque 10. §. idem Papinianus infr. mandat. d. l. liberto 31. in princ. supr. de negot. gest. l. Iulianus 13. § si procurator infr. de act. empt.* nec Imperatores in *l. pen. C. hoc tit.*

1 Si dominus, qui seruum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit. post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit: varietate status non mutabitur periculi causa.

Ad §. 1. Si dominus.

Rat. dub. Mutatione status sicut institor ex seruo factus liber alius quidam homo esse *l. seruus legatus 27. in fin. de adim. legat.* cùm hodie statum habe-

re incipiat *l.3.§.vltim. & l.4.supr. de capit. minut.* Ita & mutata videtur qualitas institoris, vt institor esse desierit cum liber & libertus esse cœpit. Aliter enim cum liberis hominibus, & aliter cum seruis contrahitur, aliterque rursum obligatur dominus ex contractu serui eiusdémque institoris sui; aliter verò ex contractu liberi hominis, quem tabernæ, aut alij negotiationi institorem præposuerit: nam ex contractu institoris liberi non competit contra eum qui præposuit nisi institoria actio at ex contractu serui præter institoriam dantur actiones de peculio de in rem verso, & quod iussu *l. si quis mancipiis 17. §.1.* vbi diximus *supr. l. quoties 47. infr. de pecul.* & in omnibus dispositionibus subintelligi semper videtur clausula illa, *Rebus sic stantibus l. cum quis 361. in princi. l. si cùm Cornelius 82. infr. de solut.* Ergo si dominus qui seruum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuerat, eum manumiserit, quamuis post libertatem quoque datam idem negotium per libertum exercuerit, fatendum est mutatione status mutatam esse periculi causam, id est, periculum amplius nullum esse ne ex eius institoris contractibus patronus qui eum antè præposuerat in posterum actione institoria obligetur. Dec. Mutatio status non mutat contractum qui ab initio certam formam acceperat, & qui post manumissionem quoque ab eo qui institorem præposuerat, confirmatus, & quodammodo renouatus est, non reuocatus: cùm etiam post datam libertatem idem ille idem negotium per eundem institorem, quamuis hodie libertum exercuit. Ergo perinde tenebitur institoria atque tenebatur anteà, & vt eleganter Papinianus loquitur, mutatione status periculi causa non mutabitur. Sic dicimus si filiusfamilias qui societatem coierat, emancipatus sit, & post emancipationem quoque in societate duratum sit, non aliam, sed eandem esse societatem, vt Vlpianus scribit in *l. si id quod 58. §. si filiusfamilias,* vbi est textus elegans *infr. pro socio.* nimirum, vt puto, quia & in societate & in præpositione institoris fides & industria personæ eligitur, quę per status mutationem solam non ideo mutari solet. Initium namque contractus inspiciendum est *d. §. si filiusfamilias.* Nec superueniens institori libertas in specie huius §. quicquam noui adfert propter quod institor remotus videri debeat, cùm etiam liber homo adeóque ingenuus eidem mensę & negotiationi pręponi potuerit *l. sed etsi 7. §.1. supr. hoc tit.* tantóque maiorem fidem & operam patrono pręstare debeat libertus, quanto plus ei debet post libertatem acceptam, quàm deberet anteà.

2 ¶ Tabernæ præpositus à patre filius, mercium causa mutuam pecuniam accepit, pro eo pater fideiussit, etiam institoria ab eo petetur: cùm acceptæ pecuniæ speciem, fide iubendo, negotio tabernæ miscuerit.

Ad §.2. Tabernæ præpositus.

Rat. dub. Cùm filius mercis tantùm causa tabernę prępositus à patre fuit, & mutuam ab aliquo pecuniam accepit, non potest videri tanquam institor eam pecuniam accepisse, cùm accipiendis mutuis pecuniis prępositus nō fuerit. Aliud enim omnino est tabernę prępositum esse, aliud verò mutuis accipiendis pecuniis *l. habebat 13. in princ. supr.* Ergo etiamsi pater pro hoc filio, próque illo mutui contractu fideiusserit, non ideo institoria teneri debet, cùm non sit hęc fideiussio sequella quędam illius negotij, cui prępositus filius fuerat, vt in *l. cuicumque 5. §. item fideiussori supr. l. liberto 31. in princip. supr. de negot. gest. l. idemq. 10. §. idem Papinianus infr. mandat.* sed nouum quoddam negotium ad priorem prępositionem nil pertinens, cuius nomine proinde teneri patrem tanquam fideiussorem satis est, non etiam vt obligationem eius institoriam hac de causa augeri oporteat. Pater enim cùm pro filio in hac specie fideiubet, id quidem agit, vt se obliget actione fideiussoria ex stipulatu, sed non vt actione institoria.

Dec. In potestate patris fuit obligationem suā quæ ex institoris filij præpositione nata fuerat augere, & nouam præpositioni legem dicere, vt tanto magis actione institoria se obligaret. Quisquis enim vni negotio institorem aliquem pręposuit, etiam aliis pręponere eundem potest, atque ita maiore institoriæ actionis obligatione se obstringere: Atqui hoc ipsum facere videtur pater, cùm acceptę pecunię speciem fideiubendo pro filio, negotio tabernę miscet: nam cùm filium non nisi tabernę ac mercium causa institorem filium pręposuisset, nunc tamen patitur eum quoque pecuniam mutuam accipere, & pro eo fideiubet. Ergo perinde est quantum ad hanc pecuniam, pro qua fideiussit, attinet, ac si accipiendæ quoq; mutuæ pecunię filium præposuisset. Satis namque pręponit facto ipso. Quid enim refert, an verbis voluntatem suam declaret, an facto, *l. non tantum 5. infr. rat. rem haber.* quę cùm ita sint, sic meo iudicio Papinianus legendus & construendus est, *Tabernæ præpositus à patre filius mercium causa*, addita hîc virgula, non vt vulgo post dictionem *filius:* nam si in sequentibus legeres *mercium causa mutuam pecuniam accepit*, non obligaretur pater institoria ob fideiussionem, sed ob primam ipsā prępositionem. Institor enim prępositus tabernę ad emendas vendendásque merces, etiam prępositus videtur ad mutuas pecunias accipiendas, dummodo ad merces & mercium gratia acceperit, vt constat ex *d. l. habebat.* Atqui Papinianus eam speciem manifestè tractat, in qua non alia de causa patrem teneri velit institoria, quàm quia fideiussit, non passurus teneri ęquè illum ex prępositione, si præpositioni fideiussionem aut quid simile non adiecisset, propter quod acceptę pecunię speciem fideiubendo miscuisse tabernę negotio videretur.

3 ¶ Seruus pecuniis tantùm fœnerādis præpositus, per intercessionē æs alienū suscipiēs, vt institorem, dominū in solidū iure prætorio non adstringit. quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit [a], per delegationē alij promisit: à domino rectè petetur: cui pecuniæ creditæ contra eū, qui delegauit, actio quæsita est.

Ad §.

Ad §. ult. Seruus 2.

RAT. DVB. Fieri potest, vt institor fœnerandis tantùm pecuniis præpositus, multò grauiores vsuras redacturus sit lucro domini, si liceat ei per intercessionem æs alienũ suscipere. Ergo si id fecerit tanquã institor, adstringit dominũ in solidũ iure prætorio & institoria actione. Quid enim aliud egit dominus præponendo seruũ suũ fœnerandis pecuniis, quã vt quolibet modo per seruũ ex ea negotiatione sibi acquireret fœnus vberius & ampliores vsuras? Nec quod in præpositione nihil de fideiussione mandatũ fuerit, ad rẽ facit, cùm ad inducendam actionem institoriã contra dominũ sufficiat fideiussionẽ factã esse in consequentiam & sequelam præpositionis, vt Vlp. noster loquitur in *l. cuicunque 5. §. itẽ fideiussori sup. hoc tit.* Commisso enim alicui certo negotio cõmissa quoq; credenda sunt omnia, vel sine quibus expediri res non posset vt in *l. 2. supr. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatũ 62. supr. de procur.* aut per quæ vtiliùs & cõmodiùs ad eius, quod mãdatum est, executionẽ perueniri possit, *l. si quis pro eo 46. ad fi. l. vlt. in fi. inf. mãdat.* Constat autẽ fœneratores nõ solere nisi sub fideiussoribus adeóq; adiectis interdum etiam pignoribus pecunias credere, & ex eo incommodiorem plerumq; fieri istam fœnoris negotiationem, cùm fideiussoris datio nõ semper sit in expedito, *l. 2. §. sed si dubitetur supr. de iudic.* Vt proinde facilior futura sit, si permittatur seruo eidémq; institori per intercessionem æs alienũ suscipere. DEC. Is qui certæ tantùm negotiationi à domino præpositus est, putà fœnerãdis tantùm pecuniis in ceteris omnibus negotiis, nõ modò non præpositus, sed & prohibitus esse intelligẽdus est, *l. vlt. infr. quod cum eo.* cùm inclusio vnius sit exclusio alterius *vulg. l. cùm prætor 12. supr. de iudic.* Maximè cùm adest dictio taxatiua *tantùm*, vt in specie huius §. Atqui ponimus seruum hũc non nisi fœnerãdis tantùm pecuniis institorẽ præpositũ fuisse. Ergo nõ præstandis fideiussionibus nec per consequens suscipiendo per fideiussiones & intercessiones æri alieno: nec si fœnus vberius ea ratione domino accessurum esse speretur, quia meliùs est minùs lucri ex fœnore accedere, quàm periculum augeri damni quod per institoriã actionẽ sentire dominus potest, & prima turissimáq; pars lucri est damnum nullum sentire, nec periculum incurrendi damni vllum subire, quod vtique subit dominus quoties in eo statu est, vt per institoriam conueniri possit, vt Papinianus noster ostẽdit in §. 7. *supr.* elegantibus illis verbis, *non mutabitur periculi causa.* Sed neque potest seruus fideiussionis nomine obligari extra causam peculiarem, nisi mandante domino fideiusserit *l. 3. l. seruum inscio 19. cum l. seq. infr. de fideiuss. l. 3. §. sed si filius infr. de pecul.* quia id ei à domino mãdatum esse nunquã intelligatur *l. vlt. infr. quod cum eo qui in alien. potest. est*, siue quod si spondeas præstò noxa sit, vt est in vetere prouerbio, siue quod fideiubendo nemo fiat locupletior. At ferè pauperior quisquis fideiubet. Meritò igitur Papinianus ait, ex fideiussione aliáve intercessione serui, qui æs alienum per eam intercessionem susceperit, cùm fœnerãdis tãtùm pecuniis præpositus esset, nõ adstringi dominũ iure prætorio, & actione institoria tanquã ex contractu institoris. Lege itaq; cũ Haloandro *vt institor*, non quomodo legitur vulgo *vt institorem.* Sequitur

a *Quod autem pro eo qui pecuniam fœnerauit.* RAT. DVB. Seruus à domino suo institor certæ negotiationi præpositus ab aliis omnibus prohibitus certè censetur, hactenus saltẽ vt aliarũ nomine præpositus dici nullo modo possit, vt proximè dicebamus, atquin is de quo Papinianus hîc tractat fœnerãdis tãtùm pecuniis præpositus fuerat, non etiã creãdis per delegationẽ creditoribus nouis, non magis quã suscipiẽdo per intercessionem æri alieno in specie superiore. Nam & quid aliud est per delegationẽ alij promittere quod alius debeat, quàm æs alienum per intercessionẽ suscipere? Cumq; fideiubere sit adeóq; plus quàm fideiubere, si quis ab alio debitum pro eo soluat *l. vlt. infr. quod cum eo.* An non fideiubet etiam ille qui quod alius debet, alij promittit? Ergo si hic seruus à Titio delegatus, cùm ab eo Titius mutuam pecuniam fœneraret, id est, mutuaretur sub fœnore promiserit Sempronio quod ei Titius debebat, nec soluat, nõ est danda Sẽpronio cõtra dominum institoria ad eã pecuniam cõsequendam, quã per delegationẽ seruus promisit, quasi extra præpositionis legẽ, & institoris officiũ id fuerit, & institor æs alienum per intercessionẽ susceperit. Quod fieri posse Papinian. proximè negauerat. DEC. Tota hæc negotiatio ad causam fœnerãdæ dũtaxat pecuniæ pertinet: cũ per eam factũ sit vt pecuniæ Titio sub fœnore creditæ actio quæsita sit domino cõtra Titium, quæ non fuisset, nisi seruus passus se à Titio delegari Sẽpronio fidem suã pro Titio obstrinxisset. Fingendum enim est Titiũ cauisse institori mutua se accepisse mille ab institore sub fœnore vsurarũ decunciũ, eáq. mille certa die restituturũ se promisisse: nec tamen pecunias vllas Titio numeratas ab institore fuisse, sed pro numeratione habuisse Titiũ quod institor eãdem summam Titij nomine Sẽpronio soluere delegatus promisisset. Ergo bene & ex fide præpositionis negotiatus est institor. Nec recusare potest dominus à Sẽpronio per institoriã conuentus quominus præstet ei mille quæ institor promisit, & ex quorum promissione factũ est, vt domino quæsita sit actio pecuniæ creditæ fœneratitiæ. Ad quid enim aliud præpositus fuerat, quàm vt fœneraret? Quid verò aliud fecit promittẽdo Sempronio, quàm illud ipsum ad quod fuerat præpositus? Neq; verò semper intercedit, qui delegari se patitur, sicut neq. is qui fideiubet, si modò in rem suam id faciat *l. sed si fideiussor 24. supr. de pact. leg. si quis reum 5. de liber. legat. leg. vir vxori 17. §. mulier & Titius infr. ad SC. Vellcian.* In proposito autem seruus æs alienum quidem suscepit per intercessionem, sed in rem domini vt ea promissio delegationis iure facta pro numeratione pecuniæ esset, sine qua actio pecuniæ creditæ domino quæri non potuisset *l. 2. §. vlt. supr. de rebus credit. iunct. l. singularia 15. eod.* Non ergo pugnat secum Papinianus, sed vt solet diuersam iuris rationem in diuersis casibus subtiliter distinguit.

20. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

LVcius Titius mensæ numulariæ, quam exercebat, habuit libertum præpositum: is Gaio Seio cauit in hæc verba, *Octauius Terminalis, rem agens Octauij Felicis, Domitio Felici salutem: Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos*



DE TRIBVTORIA ACTIONE.

TIT. IIII.

1. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

HVIVS quoque edicti non minima vtilitas est: vt dominus, qui alioquin in serui contractibus priuilegium habet [a] (quippe cum de peculio duntaxat teneatur: cuius peculij æstimatio deducto eo, quod domino debetur, fit) tamen, si scierit seruum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.

Ad l. 1.

RECTE hæc actio Tributoria vocatur, non, vt quidam volunt, tributaria, quia licèt nomen sumpserit à tributo, quia per eam dominus tanquam alius quilibet creditor extraneus in tributum vocatur, vt scriptũ est in fine principij huius legis, non tamen ab eo tributo à quo tributaria prædia appellantur, quæ tributum fisco pendunt, sed à tributo quod nihil nisi tributionem, id est, distributionem significat, vt latiùs explicat *Iustin. in §. introduxit Inst. Quod cum eo qui in alien. potest. est.* quasi distributoria actio dicatur, quomodo scripsisse videtur Papinianus, post Sabinum in *l. dolus 3. infr. quand. ex fact. tutor.* pro eo quod ibi vulgò malè legitur *restitutoria*, quàmuis si & *tributoria* ibi legere velis, vt & *in l. 3. §. 1. infr.* vbi eadem sententia proponitur, non valde repugnabo cùm idem vtriusque dictionis sensus sit, sed non patiar, vt legas *restitutoria*, quæ nullius eo loco significationis est, vt in Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia docuimus, & manifestè constat ex *d. l. 3. §. 1. infr.* Ideo autem tributoria appellatur, quia si seruus in peculiari merce sciente domino negotietur, & aliquid eius negotiationis causa cum eo contractũ sit, ita Prætor ius dicit, vt quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum fuerit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur, permissa etiam ipsi domino distributione: sed ita, vt si quis ex creditoribus conqueratur, quasi minùs ei tributum & distributum sit quàm oportuerit, idque dolo malo domini, hanc ei actionem Prætor accommodet, vt ad æquiorem distributionem res reducatur *d. §. introduxit*, quo veluti summario tota huius edicti sententia ratio & æquitas continetur. Vnde non immeritò Vlpianus edicti interpretationem ab eius commendatione inchoat quomodo & in superioribus edicti partibus ab eo factum est: *Huius quoque edicti*, inquit, *non minima vtilitas est.* Est enim longè vtilius creditoribus hac actione agere, quàm de peculio, licèt minùs plena actio sit, quàm exercitoria & institoria, de quibus antè diximus. Illę enim dantur in solidum contra eum, qui vel magistrum nauis vel institorem præposuit: hæc verò non nisi in partem debiti, quod vtique propter distributionem in plures faciendam minui necesse est. Neque verò commune quicquam habet cum exercitoria actione, quæ non nisi propter nauis exercitionem competit ex contractu inito cum magistro nauis cui tantùm nauis regendæ cura commissa est: habet tamen aliquid simile cum institoria, quoniam vtraque ex negotiatione cõpetit, sed illa ex negotiatione mercis dominicæ, hæc verò ex negotiatione mercis peculiaris. Itaque non magis fieri vnquam potest, vt concurrant, quàm vt eadem merx & dominica sit & peculiaris *l. sed si pupillus 11. §. si institoria supr. titu. prox.* Cùm igitur actio hæc Tributoria non nisi cũ actione de peculio vel de in rem verso possit concurrere, habet suas vtilitates & sua commoda: sed habet etiam sua incommoda. Vtilitas in eo est, si cum actione de peculio cõferatur, quod in actione de peculio priuilegium habet dominus, vt ea actione conuentus possit ante omnia deducere id quod sibi debetur: in tributoria verò priuilegium nullũ habet, sed incommodum in eo est, quod in actione de peculio totius peculij ratio habetur: in tributoria verò non nisi eius mercis peculiaris qua negotiatum est. Quod verò pertinet ad actionẽ de in rẽ verso habet Tributoria illam vtilitatem, quod creditor non cogitur probare pecuniam in rẽ domini versam esse, quomodo in actione de in rem verso: quæ probatio plerumque difficillima est, sed illud tamen incommodum, quod per Tributoriam nũquam creditor solidum consequitur: per actionem autem de in rem verso consequi solidum potest. si

solidum in rem domini versum esse probet §. *ceterum Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.*

a *Vt dominus qui alio qui in serui contractibus priuilegium habet.* RAT. DVB. Non ini hominum ius suum deni adimendum est, vt Diuus Pius dicebat in constitutione illa quam refert Vlpianus in *l. 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nec beneficium Pretoris cuiquam captiosum esse debet *l. Paulus notat. 8. infr. de prætor. stipul. sicut.* neque Principis *l. nec auus 4. Cod. de emancip. liber.* Atqui fit iniuria domino qui tributoria conuenitur, cùm ei priuilegium suum tollitur, quod habet in actione de peculio, vt ante omnia deducatur id quod ipsi debetur, quia nec peculium vllum esse intelligitur, nisi quod superest deducto eo quod domino debetur *leg. depositi 5. & pass. infr. de pecul.* Nec proinde priuilegium vllum præponi potest patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui conuenitur *l. ex facto 52. eod.* cùm præuenisse omnes alios creditores dominus, & prior egisse intelligatur *l. sed si damnū 9. § peculiū & §. præterea eod.* Ergo contra manifestam æquitatem introduxit Prætor actionem tributoriam, quæ domino ex persona serui sui conuento priuilegium suum aufert.

D E C. Imputari potest domino vel patri, qui sciuit, & passus est filiumfamilias aut seruum negotiari in merce aliqua peculiari, quia per eam scientiam & dissimulationem cæteros creditores, qui cū seruo contrahunt, in captionem inducit, nisi ad eorum instar redigatur, & extraneis creditoribus qui priuilegium nullum habent, æquiparetur: non enim possunt illi scire, quid inter patrem & filium, vel dominum & seruum domi agatur, atque ita clandestinis pactionibus decipi facile possent, si hoc quoque casu deducendum esset ex peculiari merce, & ex ipsius negotiatione, id quod domino debetur: & verò, quod in hanc rem notatu dignissimum est, numquam locus est actioni tributoriæ nisi dolo patris vel domini interueniente *l. quāuis. 8. iunct. l. 3. §. 1. infr.* Actionis de peculio alia ratio est: datur enim contra dominum & patrem, non solùm si nescientibus ijs & ignorantibus, sed etiamsi contra eorum voluntatem expressámque prohibitionē cum filiofamilias vel seruo contractum sit *l. si quis seruum 29. §. 1. l. quoties 47. in princip. infr. de pecul.* Itaque nihil est in ea actione, quod possis imputare domino vel patri, nisi cur peculium filio aut seruo concesserit, vt haberet aliquid de quo posses cum eo contrahere: quæ res tamen neque patris neque filij conditionem deteriorem facere debet. Non ergo mirum aut iniquum videri debet patri vel domino in actione tributoria, quod ei suum auffertur priuilegium: amittit enim illud facto suo vt ex Pōponio loquitur Vlp. in *l. 4. §. illa etiam quæstio 23. in fin. de doli mal. excep.* & vt modò diximus dolo suo propter suam scientiam cum patientia coniunctam, vt dicemus in §. *scientiam infr.* non per iniuriā Prætoris: debuerat enim pater vel dominus prohibere filio aut seruo, ne illa merce negotiaretur, si priuilegio suo locum esse volebat.

1 ¶ Licèt mercis appellatio angustior sit, vt neque ad seruos fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat: tamen Pedius libro quinto decimo scribit, ad omnes negotiationes porrigendum edictum.

Ad §. 1. Licèt mercis.

RAT. DVB. Actio tributoria non ad alium casum pertinet, quàm quo filius vel seruus sciente patre vel domino de merce peculiari negotiatus sit §. *prox. & l. prox. infr.* Atqui mercis appellatio ad res tantùm mobiles & venales pertinet, quas qui vendunt inde mercatores vocantur, non etiam ad seruos fullones vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios *l. mercis appellatio 66. l. mercis appellatione 207. de verb. signific. l. vlt. supr. de condict. tritic.* Idque propter dignitatem hominum *l. iustissimè 44. infr. de ædilit. edict.* quorum scilicet gratia & merces & cæteræ res omnes à natura comparatæ sunt *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Ergo neque ad seruos fullones, aliosq; huiusmodi, de quibus diximus, hæc actio pertinebit. DEC. Angustior quidē est in propria sua significatione mercis appellatio, sed tamē in hoc edicto latiùs accipiēda est pro omni omnino re mobili quæ in negotiationem sub mercis nomine cadit, vt mercis peculiaris negotiatio omnē omnino de quacumq; re mobili negotiationem comprehendat: id enim & edicti & actionis vtilitas exigit, vt benè Pedius vidit *l. 5. §. item si mancipia 14. infr.* neque ita factū est à Prætore sine exemplo. Nam & lex 12. tab. aliquando vsa est emptionis & venditionis nomine ad omnem alienationem significandam, quamuis alij sint tā multi modi legitimi faciendæ alienationis *l. statuliberi à cæteris 29. § vlt. infr. de statulib.* Adiuuāda nimirum sunt fauorabili interpretatione, eáq; publicè vtilia sunt, nō tā angustis finibus coercenda *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de condit & demonstr.* nec sanè potuit habere Prætor nomen accommodatius, quàm *mercis*, quo hîc vteretur: sed caue tamen ne putes omnem omnino negotiationem hoc edicto comprehendi: alioquin quid prodesset adiectum esse nomen mercis? *d. l. 5. §. mercis nomine infr.* Ergo si quis de prædijs aliisve rebus immobilibus negotiatus sit, aut de fœnebri, pecunia ad hoc edictum nō pertinebit, quia mercis appellatione ista nullo modo veniunt, nec propriè nec impropriè §. *cæterum ad fin. Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est*, vt dicemus ad *d. §. mercis nomine.*

2 ¶ Peculiarem autem mercem, non sicuti peculium accipimus: quippe peculium deducto quod domino debetur, accipitur merx peculiaris, etiam si nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat: ita demum, si sciente eo negotiabitur.

Ad §. 2. Peculiarem autem mercem.

RAT. DVB. Peculium & merx peculiaris sunt coniugata. Non enim dicitur merx peculiaris nisi à peculio, ad differentiam mercis dominicæ, quæ non peculij, sed domini est: peculiaris merx parit tributoriā, Dominica institoriā, vt suprà diximus ex *l. sed si pupillus 11. §. si institoria supr. tit. prox.* Atqui peculium non dicitur nisi deducto eo, quod domino debetur *l. depositi 5. § vlt. & pass. infr. de pecul.* Ergo nec peculiaris merx intelligi potest, nisi deducto eo si quid domino debeatur. DEC. Mercem peculia-

peculiarem in hoc edicto aliter accipimus quã peculium: peculiarem enim mercem dicimus, & peculiaris mercis negotiationem ad obligandum tributoria dominum, etiamsi nihil sit in peculio, si modò sciente patre vel domino, filius aut seruus in ea merce negotiatus sit, dummodo peculiaris merx fuerit.

3 ¶ Scientiam hic eam accipimus, quæ habet & voluntatem, sed (vt ego puto) non voluntatẽ, sed patientiam. non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit, & non protestatur, & contradicit: tenebitur actione tributoria.

Ad §. 3. Scientiam.

De huius §. sententia, id est de differentia voluntatis expressæ & tacitæ, ac de scientia nuda, quæ patientiam duntaxat coniunctam habeat, non etiam voluntatem expressam, satis multa scripsimus ad *l. 1. §. licet autem supr. de exercit. act.* sed tamen hic locus omnium apertissimè ista explicat, distinguítque; scientiam cum patientia coniunctam à scientia, quæ sit cum voluntate, sicut & velle à non nolle: est enim medium quoddam ***non nolle***, itémque ***non velle*** inter ***velle*** & ***nolle***, vtrumque & ***velle*** & ***nolle***, itémque ***nõ velle*** & ***non nolle*** scientiam denotat, sed ***velle*** apertam voluntatem, ***nolle*** apertam contradictionem, ***non nolle*** patientiam, ***non velle*** hæsitationem, & vt ita dixerim suspensionem quandam voluntatis: vt ergo dominus teneatur tributoria non est necesse, vt velit seruum in peculiari merce negotiari, sed sufficit, vt nõ nolit, dũmodo sciat: nec enim aut ***velle*** aut ***nolle***, aut ***non nolle*** dici potest is, qui nescit, vt neque pati *l. in eo* 110 *§. pupillus de reg. iur.* ergo si sciat, & non contradicat hoc ipso, se obligat tributoria: debet enim cõtinuo interponere testationem contrariæ volũtatis, vt in specie *l. si filiusfamilias* 16. *infr. de SC. Maced.* adeò autem verum est solam patris vel domini scientiam nudam cum sola patientia coniunctam sufficere, vt quamuis expressa patris vel domini voluntas interuenisse probetur, non ideò tamen durius cum patre vel domino agatur, nec tributoria ad solidi obligationem extendatur *d. §. licet autem*, vbi Vlpianus rationem iuris huius illam adfert quod verbis edicti inseruiendum sit, quæ non nisi de domino sciente in tributum vocando locuta sunt, & de scientia quidem simpliciter, id est, etiam ea quæ nudam patientiam comitem habeat, sed ita tamen vt pleniorem aliam scientiam, quæ etiam cum expressa voluntate coniuncta sit, non excluserint. Denique Prætor in hoc edicto de patre vel domino locutus est quoquomodo sciente, id est, siue patiente tantùm siue etiam volente: & ideò dicẽdum est dominum nullo casu tributoria in solidum teneri: aliquando tamen etiam velle is dicitur, qui non contradicit, quamuis nec consentiat, si modò contradicendi nullam causam habeat vt in *l. 2. §. **voluntatem l. dotem*** 57. *infr. solut. matrim.*

4 ¶ Potestatis verbum ad omnem sexum, ita ad omnes, qui sunt alieno iuri subiecti, porrigendum erit.

Ad §. 4. Potestatis.

De huius §. quoque sententia diximus ad *d. l. 1. §. parui autem refert & ad § in potestate supr. de exerc. act.* & ad *l. sed etsi* 7. *§. 1. supr. tit. prox.* in quibus omnibus locis idem dicitur, quod in hoc *§. potestatis verbum*, quo Prætor in hoc edicto vsus est, & in generali illo de quo in *tit. prox. quod cum eo qui in alien. potest. est. negot. gest. ess. dicet.* ad omnem sexum pertinere, id est, non minùs ad fœminas, quàm ad masculos, cùm æquè omnes in potestate habeamus, & generaliter ad omnes qui alieno iuri subiecti sunt, ac proinde non minùs ad filiosfamilias quàm ad seruos: est enim vtrisque commune nomen potestatis *l. 1. §. potestatis infr. de pecul.* videbatur tamen quædam maior ratio dubitandi in sexu muliebri, cuius & pudicitiam & verecundiam lædere quodammodo videtur negotiatio mercis cuiuslibet siue dominicæ siue peculiaris, sed non ita est, vt iis locis diximus.

5 ¶ Non solùm ad seruos pertinebit tributoria actio, verùm ad eos quoque qui nobis bona fide seruiũt, siue liberi, siue serui alieni sunt: vel in quibus vsumfructum habemus.

Ad §. vlt. Non solùm.

RAT. DVB. Prętor in hoc edicto locutus est de iis tantùm personis, quæ in potestate nostra sunt, vt proximè diximus: ergo non de iis, qui bona fide nobis seruiunt, siue liberi homines sint, siue serui alieni, aut in quib. vsumfructum habeamus: sunt enim serui omnes in potestate dominorum suorum, nec magis fieri potest, vt in duorũ potestate sint, id est, eius quoque qui eos bona fide possidet, quàm vt duo sint eiusdẽ serui in solidum domini, quod per rerum naturam fieri nullo modo potest *l. 5. §. si duob. vehiculum supr. commod. l. de hereditate* 19. *§. paterfamilias infr. de castrens. pecul.* qui autem sunt liberi, ij cùm sui iuris sint, in nullius certè aut dominio aut potestate esse possunt, & adeò sui sunt, vt nec domini ipsi sint membrorum suorum *l. liber homo* 13. *supr. ad leg. Aquil.*

DEC. Potestatis nomen in iure nostro æquiuocũ est *l. potestatis* 215. *de verb signif.* & in edicto Prętoris làxiùs plerunque accipitur pro eo iure, quod quis habet in personam illã quam dominij sui esse putet, quamuis re vera non sit *l. quoties* 21. *§. in potestate & pass. supr. de noxal. act.* Ideò autem & homines liberi qui bona fide à nobis possidentur, & serui alieni æquè bona fide possessi, & ij in quibus vsumfructum habemus, in nostra potestate esse dicuntur, quia per eos quoque perinde, ac per seruos nostros, licèt minus pleno iure nobis

acquiratur *l. acquiruntur 10. l. qui bona fide 23. l. liber homo 18. & pass. inf. de acquir. rer. domini*, itaque sicuti per eos acquirimus, ita & ex eorum contractibus nos obligari æquũ est, perinde ac si serui nostri essent, ex generali regula *l. ex qua persona 149. de reg. iur. & l. 1. supr. tit. prox.* Illud porrò commune omnibus est, vt saltē ex re nostra nobis acquirant *d. l. acquiruntur, & instit. per quas person. cuiq. acquir.* ergo etsi ex re nostra negotiētur, puta ex merce siue peculiari, siue dominica, [vtraque enim verè domini est] obligari nos ex eorum contractibus, siue exercitoria, siue institoria, siue tributoria, & de peculio, de in rem verso, & quod iussu æquum est *l. 1. §. penultim. & vlt. infrà de pecul.*

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

VT tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.

Ad l. 2. Vt tamen merx.

RAT. DVB. Non solùm per seruos nostros, sed etiam per alienos, itémq; liberos homines quos bona fide possidemus, & per seruos in quibus vsumfructum solum habemus, nobis acquiritur non modò si ex re & merce nostra acquirant aliquid, sed etsi ex operis suis, vt proximè diximus, quamuis si verum amamus, etiam ex re nostra acquirere videantur, cùm ex operis suis acquirunt, quia iure operas ei exhibere debent, à quo ipsi exhibentur *d. l. qui bona fide 23. in princ. de acquir. rer. domin.* ergo non est adhibenda distinctio, quam Paulus in hac lege adhibet, an merx de qua peculiariter negotiantur, ad nos pertineat. DEC. Quod pertinet ad causam acquisitionis, quæ per eas personas fit, nihil certè interest, an ex merce nostra negotientur, an ex operis suis nobis acquirāt, sed quod ad tributoriam actionem spectat, multùm interest, cùm ea non detur, nisi pro merce peculiari qua negotiatus sit nobis sciētibus, is qui in nostra est potestate: mercem igitur ad nos pertinere oportet, nō ad alium vt tributoria teneamur. Etiam cum de seruis propriis agimus, qui ex omnibus causis nobis acquirunt, id est ex aliena quoque merce: multò igitur magis in homine libero aut seruo alieno, qui bona fide nobis seruiat, aut in seruo in quo vsumfructum duntaxat habeamus: hi enim nihil ex re aliena possunt nobis acquirere, sed vel sibi si liberi sint vel dominis suis si serui *d. l. acquiruntur 10. l. homo liber 19. & d. l. qui bona fide 23. de acquir. rer. domin.* Ergo neque nos obligare possunt: & verò cū non aliter quis tributoria teneatur, quàm si eo sciente negotiatus sit in merce peculiari is, qui in eius potestate est, quid mihi nocere potest, quod is quē bona fide aut etiam pleno dominij iure possidebam, negotiatus sit, me sciente in ea merce peculiari, quæ ad me non pertinebat? Itaque tametsi possit fieri, vt seruus aliquis habeat duplicis iuris generísque peculium *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr. de pecul.* fieri tamen nequit, vt ex causa duplicis illius peculij dominus dupliciter tributoria teneatur, sed pro ea tantùm merce quæ ad ipsum pertinet, & cuius negotiationi patientiam suam accommodasse probetur.

3. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si seruus communis sit, & ambo sciant domini: in vtrumlibet ex illis dabitur actio. at si alter scit, alter ignorauit: in eum, qui scit, dabitur actio: deducetur tamen solidum, quod ei, qui ignorauit, debetur. Quòd si ipsum quis ignorantem conuenerit[a], quoniam de peculio conuenitur: deducetur etiam id, quod scienti debetur: & quidem insolidum. nam & si ipse de peculio conuētus esset: solidum quod ei deberetur, deduceretur, & ita Iulianus libro duodecimo Digestorum scripsit.

Ad l. Sed si seruus 3.

RAT. DVB. Seruus communis plurium dominos omnes & singulos ex suis contractibus obligat, siue scientes actione tributoria aut institoria pro mercium aut dominicarum aut peculiarium diuersitate, siue ignorantes actione de peculio aut de in rem verso *l. nec seruus 41. iunct. l. si ex duobus 32. in princ. l. & ancillarum 27. §. vlt. infr. de pecul.* ergo non nisi pro partibus dominicis, quomodo & communis seruus stipulando simpliciter dominis suis acquirit *l. seruus communis 5. & pass. infr. de stipulat. seruor.* ergo si seruus communis sit, qui mercem peculiarem negotiatur, & ambo domini eum negotiari sciant, obligat quidem ambos tributoria, at non in solidum, sed pro ea dominij parte quam quisque in eo seruo habet, aut saltem pro quibus portionibus merx, qua seruus negotiatur, ad eos pertinet, si quis maiorem mercis quàm dominij rationē habere velit: nec ad rē pertinere videtur, si quis obiiciat, in actione de peculio teneri singulos in solidum, ita vt nec vnius electione alius liberetur *d. l. & ancillarum §. vlt.* Id enim fit inuita quodammodo iuris ratione, & ex sola illa æquitate quod qui cum seruo communi contraxit, totum peculium vbicunque & vndecunque sit, intuitus esse videatur, vt scribit Vlp. in *d. l. si ex duobus*, at in actione tributoria non æquè dici potest eos, qui cum ipso contrahunt, vniuersum eius peculium intueri, cùm possit fieri, & fiat plerunq;, vt quis parte tertia peculij aut quarta vel etiam minima negotietur; maiorem verò peculij partem in prædiis, vel mancipiis, aut fœnebri pecunia habeat, vt Iustinianus tractat in *d. §. cæterùm instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* DEC. In actione tributoria non minùs quàm in exercitoria, & institoria, & de peculio, & quod iussu, illa æquitatis ratio facit, vt ex contractu serui communis singuli domini in solidum teneri debeant: ne in plures aduersarios distringatur is, qui cum vno contraxerit *l. 2. iunct. §. vltim. l. 1 supra de instit. act. d. l. & ancillarum §. vltim. de pecul. l. vltim. in fine infrà, quod iuss. l. habebat 13. §. vltim. suprà titul. prox.* Dummodo scilicet omnia sint paria, & concurrāt ea, quæ

ea, quæ ad tributoriam actionem inducendam necessaria sunt, quomodo concutiût, cùm ambo domini sciuerût negotiari nê serui cômunis in merce peculiari ad eos pertinête: nam si alter sciuit, alter ignorauit, aliud iuris est, vt Vlpianus hîc scribit: nêque si merx non sit communis, sed ad alterum duntaxat ex dominis pertineat: quamuis enim is qui cû seruo communi peculiarem mercem exercente contrahit, non vniuersum eius patrimonium intueatur, vt diximus, totam tamen eius mercis negotiationem intuetur, quam vtroque domino sciente fieri & exerceri videt, vbi ergo eadem ratio est æquitatis, quidni idem quoque ius constituetur? *§. eadem ratione instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* sed & obseruandum est, eo quoque casu quo dicimus, Tributoriam non dari contra vnumquemque ex dominis in solidum, id est, cû vnus ex iis sciuit seruum communem ea merce negotiari, alius verò ignorauit, quod facilè potest euenire: non tamen sic nos intelligere vt is, qui sciuit, pro ea tantùm parte conueniendus sit, quam in ea merce habet, sed vt nihilominùs in solidum teneatur, at ex persona dûtaxat sua non etiam ex parte alterius domini, quod eo tâtum pertinet, vt quantum mercis inter omnes creditores distribuendæ ratio ferre potest tanti côdemnetur is qui conuenitur etiam pro parte socij, salua ei indemnitatis repetitione per actionem pro socio, vel communi diuidundo. vt in *d. l. habebat 13. §. vlt. supr. tit. prox. l. 2. supr de exercit. d. l. & ancillarum §. vlt. cum l. seq infr. de pecul.* sed ita tamen vt ex persona domini qui ignorauit, deducat omne id quod ei debeatur, quêadmodum si simplici actione, de peculio in solidû conueniretur *l. sed si duo 15. in fin infr. de pecul.* nam cùm is qui ignorauit, tributoria actione teneri non possit, & tamen ex eius quoque persona is qui sciuit conueniatur in solidum, quomodo & simplici actione de peculio conueniretur, prorsus consequês est, vt quod ad eum pertinet eadem seruanda sint in hac tributoria actione, quæ seruarentur in actione de peculio cuius & pars quædam est tributoria, nisi quatenus specialem, diuersamq; naturam habet: scinditur ergo hoc casu ius deductionis, vt & in *l. item cùm testamento 14. in princ & §. 1. inf. de pecul.* at pro parte eius qui sciuit, & qui ipse tributoria actione in solidum conuenitur, nihil deducitur, quod ei debeatur, quia sciêtia quam habuit negotiationis, priuilegiû deductionis ei abstulit, quod alij iusta ignorantia conseruauit. Cæterùm quod Vlpianus hic scribit deducendum esse ab eo, qui scit solidum quod ignoranti debetur, ostendit satis: cum igitur qui scit conueniri tributoria in solidum, id est pro eius quoque parte qui ignorauit: alioqui quomodo deduceretur solidum, quod ignoranti debetur, si non etiam ex persona ignorantis sciens in solidum conueniretur? sed in quo non potest actio hæc vim habere actionis tributoriæ propter vnius ex dominis ignorantiam retinebit naturam generalis actionis de peculio: atque ita, quod mirum videri possit, vna eademque actio diuerso iure censebitur pro distinctione scientiæ & ignorantiæ, cùm neque vnius scientiam alteri ignoranti nocere æquum sit, neque illius ignorantiam scienti prodesse.

a *Quod si ipsum quis ignorantem conuenerit.* RAT. DVB. Non debet melior esse conditio illius ex dominis, qui sciuit seruum communem in peculiari merce negotiari ob id solû quòd alius dominus id ignorauerit, vt modò diximus: alioqui nec in eum qui sciuisset, danda esset tributoria in solidum, nec prohibendus ille deducere quod ipsi deberetur, quod vtrumque tamen Vlpianus initio huius legis negat: ergo si peculiaris negotiationis creditor eum ex dominis conueniat, qui negotiationem ignorauit, poterit quidem deducere totum, id quod sibi debetur, cùm ex persona propria conueniri tributoria non possit, sed non æquè, quod debetur scienti, qui ipse ex proprio capite tributoria conueniri posset, præsertim cùm non sit absurdum scindi ius deductionis, vt in superiore casu & in *d. l. item cùm testamento 14. in princ. & §. 1. infr de pecul.*

DEC. Multum quidem interest, quis agat aut côueniatur, sed multò magis qua actione: aliæ enim actiones alias habent præstationes & condemnationes: ideóque dicimus vnumquemque actorem priusquam agat diligenter explorare debere, qua potius actione agere expediat, vt in proposito, an tributoria an de peculio, cùm eligendi habet potestatem, id est, cum vtraque actio competit, quomodo competit aduersus eum, qui peculiaris mercis negotiationem sciuit *§. cæterum instit. quod cum eo:* nam cùm altera tantùm competit, vt in eum ex dominis qui serui negotiationem ignorauit [neque enim tributoria hic habere locum potest, sed tantùm actio de peculio] nullus deliberationi aut electioni locus relinquitur, sed ea tantùm actio exercenda est, quæ competit: & quidem iis ipsis legibus quibus competit, non aliis, siue actori fauorabiliores sint, siue reo: atqui contra eum ex dominis qui ignorauit, nulla vt diximus nisi de peculio actio côpetit: actioni autem de peculio illud insitû est. vt ea côuentus vn[us] ex dominis possit deducere solidum, non quod sibi tantùm, sed etiam quod alij ex dominis debeatur: nam & in duobus bonæ fidei possessoribus, & in duobus fructuariis de peculio conuentis id obtinet *dict. l. sed si duo 15. de pecul.* quia qua ratione alteruter ex dominis actione de peculio in solidum conuenitur, pari ratione deducere eum oportet, etiam id quod alteri debetur, vt ex eodem Iuliano quem Vlpianus hîc refert, idem Vlpianus ratiocinatur in *l. si nouali 11. §. vltim. infrà de pecul.* ergo etiam quod scienti domino debitum est, deducetur, quoniam ita fert natura actionis de peculio, nec in eum cadit ista scientiæ & ignorantiæ distinctio, quæ cadit in solam tributoriam, quod si quid absurdius, aut fortè mirabilius hæc in re videretur, ferendum tamen esset propter iuris subtilitatem & casus necessitatem, vt Marcelli vel potiùs Triboniani verbis vtar in *l. si mulier 59. §. ex asse de iur. dot.* quanquam nec nouum nec absurdum est, vt quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non posset *l. Aristo. 3. in fin. infrà, quæ res pignor. oblig. poss. l. si is qui duos 19. infr. de liber legat.* quis verò iam miretur, eum ex dominis, qui serui communis negotiationem ignorauit, conuentum à creditore actione de peculio, quia nec tributoria conueniri potuit, deducere solidum id quod scienti socio suo non minùs quàm quod ipsi debetur, cùm etsi ipse qui sciuit, conueniretur actione de peculio eandem facere deductionem eâdem ratione posset: ita ferente scilicet natura actionis de peculio, & quia imputare sibi actor deberet, qui cùm posset tributoriam veluti commodiorem eligere, de peculio tamen agere maluisset.

1 ¶ Si seruus pupilli, vel furiosi, sciente tutore, vel curatore, in merce peculiari negotietur: dolum quidem tutoris, vel curatoris nocere pupillo, vel furioso non debere puto: nec tamen lucrosum esse debere. & ideò hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum peruenerit. idem & in furioso puto: quamuis Pomponius libro octauo Epistolarum, si soluendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit. & sanè hactenus tenebitur, vt actionem, quam contra tutorem habeat, præstet.

Ad §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Negligentia tutoris in non remouẽdo institore paterno quem remouere potuerat, & debuerat, nocet pupillo in actione institoria, nõ adhibita distinctione, an pupillus locupletior factus sit, an non, & an tutor soluendo sit necne *l. sed si pupillus* 11. *supr. tit. prox.* ergo multò magis dolus tutoris nocere pupillo debebit, indistinctè in actione tributoria: tam enim contra iuris regulas est, vt vnius negligentia alteri noceat, quàm vt alterius dolus *l. in condemnatione* 173. §. *penul. iunct. l. factum* 155. *de regu. iur.* & cæteris paribus æquius est, puniri dolum, qui impunitus remanere nũquam debet *l procurat.* 11. §. 1. *infr. de doli mal. except.* quam negligentiam, nec habet pupillus, quod conqueratur etiamsi ex dolo tutoris condemnetur, si modò tutor soluendo sit, quomodo distinguebat Pomponius, quem Vlpianus refert in hoc §. *quamuis*, ita vt improbare potiùs quàm probare videatur: neque sanè absurda videri debet ea Pomponij sententia: nam si verum est, vt est, quod idem Vlpianus ex Papiniano scribit in *l. 4. §. vlt. de euict.* teneri pupillum de euictione ex contractu per tutorem facto, siue tutor soluẽdo sit, siue non, quia non malè cum tutoribus contrahatur: quis non ferat & æquissimũ putet teneri pupillum ex dolo tutoris eo saltem casu quo tutor sit souendo, aut fideiussores habeat, vel pignora quibus idoneè cautum sit pupillo? imò verò durior hæc distinctio videri iustius potest ei, qui cum peculiaris mercis negotiatore contrahens dolum à tutore passus est. Vnde enim diuinare potuit soluendo tutorem esse, aut nõ esse, pupillúmve idoneè cautum habere, aut nõ habere? quomodo idem Vlpianus noster ratiocinatur in *l. 4. §. illa etiam quæstio* 23. *de doli mal. except.* quo etiam loco, ea ipsa quæstio tractatur ex professo, & generalius quæ hîc tractatur in tributoria, an dolus tutoris nocere pupillo debeat: est enim quæstio hęc necessaria, quoties tractatur de tributoria, quia non potest illa locum habere, nisi dolo domini non minùs quàm eius scientia interueniente *l. quamuis* 8. *infrà hoc tit.* accedit quod cùm dolus domini inducat hanc actionem *d. l. quamuis*, quis nescit tutorem, licèt dominus verè non sit, vt non est, vice tamen domini esse, & loco domini habendum? *l. is qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur infr. quod vi aut clam l. interdum* 56. §. *qui tutelam infr. de furt.* Ergo si seruus pupilli sciente tutore in merce peculiari negotietur, dicẽdum est, eum dolum nocere pupillo debere, vt perinde pupillus hic tributoria teneri debeat, ac si dolum ipse admisisset, eo saltem casu quo pupillus indemnis seruari à tutore vel aliunde possit. Etsi enim pupillus non eligit tutorem, sed in eum incidit *l. vlt. infrà rem pupil. salu. for.* multò tamen iustiùs est pupillo nocere, quòd talem tutorem nactus sit, quàm ei qui bona fide cum seruo pupilli contraxit, nec tutoris dolum effugere potuit: nam & tutoris opera pupillus vtitur, cuius autem opera quis vtitur eius dolum ipsi nocere æquum est *d. l. 4. § in hac exceptione in fine de doli mal. except.* idem & circa furiosum curatorémque furiosi tractari potest, vt solet vtriusque in omnibus ferè eadem esse ratio *l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum infr. quib. ex caus. in possess. eat. extra casum l. in negotiis* 5. *de reg. iur.* DEC. Tributoria non potest habere locum nisi dolo domini interueniente *l. quamuis* 8. *infr. hoc tit.* Atqui tutor nec dominus est, nec domini loco habendus, cùm malè ac non ex bona fide tutelam gerit *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor.* malè autem administrat, non solùm cùm pupillum spoliat vt in *d. §. si tutor*, sed etiam cùm dolo malo versatur circa rem pupillarem, quamuis ex eo dolo pupillus locupletior fiat, quia quod à tutore dolo malo gestum est, etiam in vtilitatem pupilli, id neque à lege neque à pupillo ipso ratum haberi vnquã potest. Ergo tutoris dolus non potest obligare pupillum institoria, quia nec nocere pupillo debet, siue soluendo tutor sit, siue nõ, quamuis Pomponius ita distinguere soleret, cuius tamen distinctio, nec ab Vlpiano hîc, nec ab aliis probata fuit: aliud enim est, si tutor contrahat; aliud verò si quid dolo malo faciat, cũ alia causa sit contrahendi, alia delinquẽdi *l. 1. §. 1. supr. de exercit. act.* videtur tamen etiã Vlpiano placuisse in *l. 1. §. antep. infr. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Planè cùm ex dolo tutoris pupillus locupletior factus est, omnes admittunt teneri eo casu pupillũ debere, & tributoria, & alia qualibet actione quæ dolum exigat, sicut & doli mali exceptione *d. l. 4. § illa etiam quæstio de dol. mal. except.* non quia hoc casu magis quã alio vllo dolus tutoris pupillo nocere debeat: sed quia nec prodesse debet *l. 3. infr. quand. ex fact. tutor. l. sed & ex dolo* 15. *in princip.* vbi latè scripsi *supr. de dolo.* prodesset autem si ex eo pupillus impunè locupletaretur: & hãc sententiam Vlpianus hîc probat, etiã in furioso, vt ex dolo curatoris non possit furiosus teneri tributoria, nisi ex eo dolo aliquid ad furiosũ peruenerit, cætera dixi ad *d. l. sed & ex dolo.*

2 ¶ Sed & si ipsius pupilli dolo factum sit, si eius ætatis sit, vt doli capax sit: efficere vt teneatur. quamuis scientia eius non sufficiat ad negotiationem. quid ergo est? scientiam quidem tutoris, & curatoris debet facere locum huic actioni: dolus autem quatenus noceat, ostendi.

Ad §. vlt. Sed etsi ipsius pupilli.

RAT. DVB. Pupillus in ea ætate in qua ignorat etiã il a quæ videt *l vnic. C. de fals. monet.* nec scire, nec pati quicquam posse intelligitur *l. in eo* 110. §. *pupillus de reg. iur.* multò minùs dolo quicquã facere, cũ dolus absq; sciẽtia esse nõ possit: ergo dicẽdũ est, vel pupillũ tributoria teneri ex proprio dolo nõ posse, vel si teneri potest, debere quoq; sufficere ad obligãdũ

eum

tum tributoria actione, vt sciat seruum merce peculiari negotiatũ esse, quod vtrumq; tamen Vlpianus hic negat:ait enim, quod certè mirum est,scientiam pupilli hanc in rem non sufficere, sed tutoris necessariam esse, dolum autẽ pupilli sufficere nõ etiã tutoris, quasi faciliùs capax sit pupillus doli quã scientiæ. DEC Pupillus qui pubertati proximus est, & doli & iniuriæ faciendæ capax esse creditur *l. pupillũ* 111.*de reg iur.l.*4.§. *de dolo autem* 26.*de doli mal. except.*in iis præsertim,quæ non magnã doli machinationẽ desiderant *l.heredibus* 13.§.1.*& l.seq.supr.de dolo.* ergo & de dolo teneri potest,& actione tributoria, quæ dolũ omnimodo exigit se obstringere, nec tamẽ satis est,vt sciat seruũ negotiari,quia pupillorum quã maximè interest,vt circa scientiã nõ admittatur illa distinctio,an proximi sint pubertati,necne, sed generaliter ita ius constituatur,vt nihil scire intelligatur pupillus,nisi quod tutor ipse sciat *l.seruus* 7.§. *vlt.de bon.poss.*ne aliq in facti quęstio illa passim occurrat,an pupillus sciuerit,quod tutor ignorauit,indéq; sumatur occasio imputãdi pupillo,cur sibi nõ prospexerit,qui tamẽ non nisi per tutorẽ prospicere sibi potuerit: tutoris verò etiã ignorantis cõdicio durior fieret. qui tutelæ actione idcò teneretur, quod ei negotio quod pupillus sciuisset,ipse verò ignorasset,nõ prospexisset: scientia igitur tutoris sola illa est, quæ pupillo nocere potest, non etiam scientia ipsius pupilli.ne in eo quidẽ negotio,in quo pupillus dolũ admiserit:& ita disertè Vlpian.hic concludit,illis verbis,*quid ergo est? scientia quidẽ tutoris & curatoris debet facere locũ huic actioni,dolus autẽ domini*: sic enim ex præcedentib.omnino legendũ esse arbitror,vt etiã furiosus cõprehẽdatur,de quo in *l.seq* non vt vulgò *dolus autẽ quatenus noceat ostendi.* quæ nullius sensus lectio est,siue verbũ illud *ostendi* sumas in tẽpore perfecto indicatiui modi verbi actiui,siue in infinitiuo passiui vt illi faciũt qui supplẽt verbum *debet*, quasi moneat Vlp.dolum pupilli ab eo probandum esse, qui eum allegat ex *l.in exceptionib.*19.§ *qui dolo infr.de probat.*quod est omnino improbabile: quis.n.vnquã ita locutus est,vt verbũ principale, sine quo nullus orationis sensus esse possit,prætermittatur?sed neq; possis ea verba sic intelligere, quasi Vlpianus dicat se iam ostendisse in præcedentibus,quatenus dolus tutoris nocere debeat:nam præterid quod scripsisset *ostẽdimus* non *ostendi*,vt in *l cùm ostendimus* 4.*infr.de fideiuss & nominat.tutor.* quomodo etiam prudentes nostri loqui solent.apparet non tractari hìc de dolo tutorũ,de quo Vlpianus tractauerat,& quatenus nocere deberet.ostenderat, sed de pupilli dolo: sed cùm imperitus interpres putaret, nullam esse sententiam huius orationis, *dolus autem domini* quæ tamen regi deberet ab illis præcedentibus *debet facere locum huic actioni*,adiecit de suo *quatenus noceat ostendi.*

4. PAVLVS libro 30.ad Edictum.

SI pupillus,cuius tutor sciuerit,pubes factus,vel furiosus,sanæ mentis, dolum admittant:tenentur ex hoc edicto.

Ad l.Si pupillus 4.

Hæc lex illud ipsum continet,quòd proximè dictum est in §.pręcedente,scientiam nimirum pupilli vel furiosi non sufficere, nec si pupillus sit proximus pubertati,ad inducendam tributoriam,sed tutoris vel curatoris sciẽtiam omnimodo necessariam esse: dolum autem tutoris aut curatoris non sufficere, sed ipsius tantùm domini siue pupilli siue furiosi, sed diuersitas huius legis à §. superiore in eo est,quod Paulus loquitur de pupillo,cuius quidem tutor scierit durante pupillari ætate sed qui tamen pubes factus dolo malo aliquid admiserit,quod locum faciat tributoriæ actioni: itémque de furioso cuius curator sciuerit durante furore,sed qui tamen sanæ mentis factus dolum ipse admiserit,qui casus certè sunt minùs dubitabiles, quia neque de pupillo facto pubere, neque de furioso sanæ mentis effecto potest ambigi, quin dolum malum facere possint: nisi quod hoc casu frustra videtur de tutoris vel curatoris sciẽtia quærere, cùm fieri nequeat, vt circa negotiationem mercis peculiaris pupillus pubes factus & furiosus sanæ mentis effectus dolo malo facere quid possit,quin sciant seruum ea merce negotiari. Itaque hoc casu in eorum personis vtrumque concurrit quod ad inducendam tributoriam necessarium est, & scientia negotiationis, & dolus: Vlpianus verò in §. præcedente loquitur de pupillo non pubere, sed proximo pubertati, qui in ea ætate dolum fecerit, cui non potest videri similis furiosus,quia sicuti resipiscentiæ tempus certum nullum est,quomodo est pubertatis, ita nec resipiscentiæ proximus vnquam dici potest is, qui adhuc furiosus est, ideóque nec doli capax est, quousque ad sanam mentem redierit: at proximus pubertati est, qui sex tantùm mensibus distat à pubertate *l. non tantùm* 17. *in principio*, *de excusat. tutorum.*

5. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

PRocuratoris autem scientiam,& dolum nocere debere domino,neq; Pomponius dubitat,nec nos dubitamus.

Ad l.Procuratoris 5.

RAT. DVB. In mandato quantumlibet generali nũquam dolus continetur *l.si procurator* 6.§. *Celsus ait supr. de cond & indeb.* quia cùm mandatum sit contractus bonæ fidei semper intelligitur, habere insertam clausulam *ex fide bona l.pen.§.vlt.inf.mandat.* quanquam & in cõtractibus stricti iuris,non minùs quàm in iis qui bonæ fidei dicuntur,bona fides exigitur,quatenus malę fidei,& dolo aduersatur *l.bona fidẽ* 4.*C.de obli.& actio.* ergo procuratoris dolum nocere domino in hac tributoria actione non magis ęquum est,quàm pupillo dolum tutoris,aut furioso dolum curatoris.

Dec. Cuius opera quis vtitur præsertim vt ex ipsius actu lucrum captet, eius quoq; factum & dolum nocere æquum est *leg.4.§.in hac exceptione 17.infrà de doli mal.except.* atqui dominus qui procuratorem cõstituit generalem ad omnium rerum administrationem, etiamsi non cum libera potestate, [nã in procuratore liberam administrationem habente nullam omnino dubitationem res haberet *l.procurator cui 58.supr.de procurat.l.vel in ipsum 6.* vbi dixi *sup. tit.prox.* eum eligit, vt eius opera in rebus omnibus vtatur. Ergo factum dolúmque eius in rebus omnibus præstare debet, non quasi mandasse ei videatur, vt dolo quicquam faceret, sed quia debet sibi imputare, cur dolosum procuratorem, minúsq; probum elegerit: quòd non similiter imputari pupillo aut furioso potest: non enim ipsi eligunt sibi tutorẽ vel curatorem, sed ipsis eligitur à magistratu, si non à patre datus sit, denique incidunt in tutorem & curatorem, vt Papinianus loquitur in *l. vlt. infr. rem pupill salu. for.* nisi ponamus petitum fuisse curatorem à minore, ac nominatum, de illo tantùm dubitari potest, an præsens duntaxat dolus procuratoris domino debeat nocere, an etiam præteritus, de quo Vlpianus tractat in *d.l.4.§.quæsitum 18.de doli mal. except.* & ait, si quidem procurator ad agendum datus sit non in rem suam, de præsenti tantùm eius dolo excipiendum esse. Si verò vel in rem suam datus sit, vel ei omnium rerum administratio concessa fuerit, etiam de præterito dolo, sic & in actionem institoria factum procuratoris qui institorem præposuit, nocet domino vt ob eã præpositionẽ cõueniri possit ex contractu institoris *l.cuicunque 5.§.vlt.supr.titu. prox.* sed an distinguemus vtrum procurator soluendo sit, necne, quomodo distinguebat Papinianus in *l.in eum 5.in princ. eod.* & Pomponius in tutore, vt in *l.3.§.pen.supr.* Vlpianus referebat. Minimè verò: aliò qui non prætermisisset hanc distinctionem Pomponius, quam non prætermisit in tutore *l.3.§.1.supr.* vbi tamen minus erat necessaria: & certè facilius ac fauorabilius est, vt dominus ex dolo sui procuratoris teneatur, siue soluendo sit procurator, siue non sit, quia sibi debet imputare, vt dixi, cur minùs probum virum elegerit, quàm vt ex eius cõtractu quolibet conueniri possit, si fortè prætextu mandati generalis, citra tamen administrationis liberæ concessionem, temerè contractum aliquem fecerit procurator, quem sine speciali mandato facere non debuerat, vt explicauimus ad *d l.in eum*: de scientia verò procuratoris quin domino debeat nocere, dubitari minùs potest, quorsum enim procuratorum vsus, nisi vt per eos sciamus & faciamus, quæ alioqui nec scire per nosmetipsos nec facere possemus *l.Papinianus 20.supr.de minor.* Ex eo autem quod hîc Vlpianus ita loquitur, *neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus*, innuit satis apertè dissentire se à Pomponio in quæstione illa, quam agitauerat in *§.1.l.3.supr. de dolo tutoris*, an pupillo nocere deberet, necne, in qua retulerat distinctionem Pomponij, an tutor soluendo esset, necne, sed non æquè eam probauerat.

1 ¶ Si vicarius serui mei negotietur: si quidem me sciẽte, tributoria tenebor: si me ignorante ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam Pomponius libr.60. scripsit: nec deducendum ex vicarij peculio, quod ordinario debetur: cùm id quod mihi debetur, deducatur. sed si vterque scierimus [a] & tributoriam, & de peculio actionem competere ait. tributoriam, vicarij nomine. de peculio verò, ordinarij, eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur. sic tamen, vt vtrumque tribuatur: & quod mihi, & quod seruo debetur: cùm, si seruus ordinarius ignorasset, deduceretur, integrum, quod ei à vicario debetur.

Ad §.1. Si vicarius.

Rat. dub. Seruus vicarius eum dominum habere intelligitur, cuius ipse vicarius est, id est seruum ordinarium *l.si seruus 17.infr.de pecul.* atqui tributoria nihil nisi scientiam & dolum domini exigit *l.3.§.1.& seq.& l.prox.supr.l.quamuis 8.infr.hoc tit.* Ergo si ordinarius sciuerit vicarium suum peculiari merce negotiari & dolo ipse aliquid fecerit, licèt ego qui ordinarij mei serui dominus sum ignorauerim, nec dolo malo quicquam fecerim, tributoria debeo teneri non actione tantùm de peculio, & è contrario si me sciente & ordinario ignorante tale quid factum sit, non videtur danda tributoria quasi domino ipso ignorante: aut si me tanquã vnicum dominum velit quis hîc intueri, cur ordinarij serui vel scientiam, vel ignorantiam inspicimus, vt quod ei debetur ex peculio vicarij deducatur?

Dec. Distinctio illa seruorum ordinariorum & vicariorum maximè, propter distinctionem peculiorum introducta est, quoniam aliud est, peculium serui ordinarij, aliud vicarij, nisi quod vicarij peculium sicut & vicarius ipse in ordinarij peculio est, *d.l. si seruus l.deposui 38.§.Stichus infr.de pecul.* at non similiter è contrario peculium vicarij etiam ordinarij peculium est. Cæterùm qui dominus serui ordinarij est, is etiam vt vicarij dominus sit necesse est: non enim potest alium in sua potestate habere is qui nõ est suæ potestatis *l.sic eueniet 21.inf. ad l.Iul.de adult.* tã autẽ seruus verè meus est seru' ordinarius, quã eius vicarius, ita sit vt contra me solum dirigi tributoria possit ex peculiari negotiatione vicarij, non aduersus ordinariũ ipsum, quia cum seruo nulla actio est *l.cum seruo 101.de reg.iur.l seruum 6.C.de iudic.* necessariò igitur distinguendum est, vter sciuerit, an seruus meus ordinarius, an ego qui sum dominus vtriusq;, non an sciatur vter tributoria teneri debeat, sed vt distingui possit tributoria ab actione de peculio, atque ita sciri quænam deductio eius quod debetur facienda sit, & ex cuius peculio, an serui ordinarij, an vicarij: cùm aliter vtique fieri deductio debeat in actione tributoria, aliter verò in actione de peculio, ait verò Vlpianus ex Pomponio, si me sciente vicarius serui mei negotiatus sit, licèt ignorante ordinario tributoria me teneri, si verò me ignorante & ordinario sciente, dandam esse cõtra me actionẽ de pe-

de peculio vicarij:priore casu non deducam, quòd vicarius debet mihi,cùm ex eius persona conueniar tributoria, sed id tantùm quod idem vicarius seruo meo ordinario debet, vt scriptum est in fine huius §.[quamuis mihi quoque id,tanquam cõseruo debitum deberi intelligatur *d. l. si seruus l. sed si damnum 9.§. huic definitioni eo.tit.*]exemplo scilicet eius:quod scriptum est in *l.3. in princ. supr.* dominum,qui sciuit cõuentũ tributoria detrahere solidũ, quod alij domino ignorãti debitũ fuit: posteriore verò casu cõuentus ego acti ne de peculio vicarij deducã quidem id quod mihi debetur à vicario,sed non quod ordinariò debet vicarius,quia cũ sciẽtia & dolus ordinarij puniri debeat, qui seruum suum vicarium negotiari sciuit, non magis possum ex eius persona deducere quod ipsi debetur, quàm posset ipse deducere,si conditio eius pateretur,vt tributoria conueniri posset:quamquam enim non ex eius persona conuenior tributoria,sed ex mea de peculio,attamẽ quod ad eum pertinet, non potest melior esse mea condicio, quàm si ex ipsius persona conuenirer tributoria,quo casu vtiq; nihil possem deducere quod ei deberetur: de eo autem quod seruus ordinarius mihi debet, deducendo tractari hîc nihil potest, quia nec de peculio ordinarij agitur, sed tantùm de peculio vicarij, in quo peculium ordinarij non est.

a *Sed si vterque sciemus.* RAT. DVB. Non potest agi tributoria simul & de peculio, nec vtraque ex eodem contractu competere,cùm habeant,non solùm alias atque alias præstationes, sed etiam cõtrarias: nam in actione de peculio deducitur id omne quod & domino & iis quos habet in sua potestate debetur *l. sed si damnum 9. §. peculium & seq. infr. de pecul.* in tributoria nõ item, sed dominus vt alius qui libet extraneus in tributum vocatur *l.1. supr.* Porrò vt tributoria locum habeat, sufficit dominum sciuisse, & dolo aliquid fecisse, vt in superioribus diximus. Ergo si & ego & seruus meus ordinarius sciuerimus seruum vicarium ordinarij, peculiari aliqua merce negotiari danda est contra me tributoria non minùs ordinarij quàm vicarij nomine,cùm perinde sim ego vtriusque serui & ordinarij & vicarij dominus.

DEC. Tributoria quidem datur contra dominũ, qui sciuit seruum peculiari aliqua merce negotiari, sed tamen non nisi ex eius serui contractu qui negotiatus est: atqui ponimus vicarium duntaxat negotiatum esse non etiam seruum ordinarium. Ergo non potest dici me qui vtriusque sum dominus teneri debere tributoria nomine serui ordinarij: nam quod vicarius negotiatus est,sciente ordinario non potest facere,vt negotiatus ipse videatur, [alioqui dominus ipse quo sciente seruus negotiatus esset peculiari merce aliqua, ipse quoque negotiatus esse videretur, atque ita quasi ex proprio suo contractu teneri in solidum deberet, quod tamen non ita est.] Ergo nec potest scientia illa ordinarij facere, vt eius nomine debeam teneri tributoria actione,sed tantùm nomine vicarij,qui & contraxit,& me sciente negotiatus est,nulláne igitur actione ordinarij nomine conueniri potero? vtique, sed actione de peculio quia quæ ratio facit,vt meus hic seruus ordinarius tributoria conueniri deberet propter scientiam negotiationis sui vicarij, si cum ordinario agi posset, eadem facit, vt quoniam cum ordinario agi non potest, mecum agi debeat eius nomine de peculio,sicut agitur ex obligatione qua libet per seruum contracta *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* negari autem non potest, quin scientia serui mei ordinarij,qui sciuit vicarium suum negotiari, ordinarium ipsum obligauerit creditori, quamuis non ordinarius ipse contraxerit: quomodo enim posset conueniri tributoria, liber si non esset obligatus? scientia igitur & factum ipsius eum obligat, quamuis non contraxerit,nec contraxisse fingatur,& hoc casu benè dici potest, quod ait Paulus in *l. omnem 2. supr. de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam esse. Proinde fatendum est hoc casu & tributoriam, & actionem de peculio quamuis contrarias simul competere & vnum,eundémque contractum sed diuersis tamen respectibus & ex diuersis obligationibus tributoriam ex contractu, & nomine vicarij, de peculio autem ex contractu & nomine serui ordinarij:non tamen vt vtramque actionem contra me exercere creditor possit, sed vt eligere debeat,quænam potiùs experiatur,an tributoria,an de peculio,vt in *l. quod in herede 9. §. eligere infr. hoc tit.* Cęterùm in vtraque actione ita fiet tributio, vt vtrumque,& quod mihi, & quod seruo meo debetur à vicario,tribuatur,cùm tamen si seruus meus ordinarius ignorasset negotiationem, deduceretur à me integrum id,quod ipsi à vicario deberetur, vt suprà diximus.

2 ¶ Sed,& si ancilla negotiabitur,admittendam tributoriam dicimus.

Ad §.2. Sed etsi ancilla sit.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §.iam à nobis allata est ad *l.1.§. potestatis supr. & ad l.1.§. parui autem refert & §. in potestate sup. de exercit. act. & ad l. sed etsi 7. §. 1. & l. 8. supr. tit. prox.* Iunge *l. 1. §. cum eo & l. & ancillarum 27. in princ. infr. de pecul.*

3 ¶ Item parui refert,cum ipso seruo contrahatur,an cum institore eius.

Ad §.3. Item parui refert.

RAT. DVB. Inseruiendum est verbis edicti, vt loquitur Vlpianus in *l. 1. § licèt autem supr. de exercit. act.* Edictum autem prætoris quo proposita est actio tributoria, de eo tantùm loquitur qui cum filiofamilias,vel seruo qui in potestate nostra est, contraxerit *l.1.§. pen. & vlt. supr.* ergo si quis cum serui institore contraxerit,deficiunt verba edicti,nec proinde tributoria hæc actio ipsi dari ex edicto potest.

DEC. Qui cum institore contrahit, cum eo ipso qui institorem præposuit,contrahere videtur,ideóque ex eius contractibus habet actionem in solidũ contra præponentem, ac si ipse qui præposuit contraxisset *l.1. & pass. supr. tit. prox.* ergo nihil refert ad inducendam actionem tributoriam,an quis cum seruo, an cum eius institore contraxerit, dummodo contraxerit de peculiari merce,in qua dominus seruum suum negotiari sciuit. Hoc enim omnino & semper requiritur.

4 ¶ *Mercis nomine* meritò adiicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat.

Ad §.4. Mercis nominè.

RAT. DVB. Licèt mercis nomine vsus sit Prętor in hoc edicto, mercis autem appellatio angustior sit, attamen ea mens prętoris fuit, vt edictum hoc ad omnes negotiationes porrigeretur, si Pedio credimus quem Vlpianus refert, & probat in *l.1.§.1. supr. hoc tit.* nihil ergo profuit hæc verba *mercis nomine* in edicto adiicere. DEC. Angustior quidem est mercis appellatio, quàm vt omnes res cõprehendat, quarũ negotiatio ad hoc edictum pertineat: non enim cõprehenderet seruos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios, qui tamen omnes in hoc edicto mercis appellatione continentur, vt diximus in *d.§.1.* at non ideò tamen existimandum est negotiationem quamlibet inducere tributoriam, cùm multa in negotiationem incidant, quæ mercis appellatione cõtineri nullo modo possunt, id est, nec propriè, nec impropriè, vt puta prædia fundi, & si quæ aliæ sunt res immobiles *l. mercis appellatio 66. de verb.signific.* mancipia, fœnebris pecunia *§.caterùm ad fin.inst.quod cum eo qui in alien.potest. est.* Ergo non ad negotiationem omnem quæ cum seruo facta sit, etiam sciente domino, hoc edictum pertinet, sed ad eam tantùm quæ mercis nomine, in eòque differt peculium à merce peculiari, cùm etiam illa quæ mercis appellatione venire non possunt in peculium veniant *d.§.caterùm.*

5 ¶ Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, & quod eo nomine receptum est.

Ad §.5. Per hanc actionem.

RAT. DVB. Tributoria ideò datur contra dominum, quia sciuit & passus est seruum in peculiari aliqua merce negotiari *l.1.supr.* Ergo satis prætori esse debuit, vt merx ipsa tribueretur, non etiam quòd eo nomine receptum esset. Quicquid enim supra mercem est, non ex merce ipsa, sed ex negotiatione percipitur, adeòque precium ipsum rei venditæ *l. venditor 21. infr de hered. vel act vendit.*

DEC. Contrahens cũ seruo qui mercem aliquã peculiarem sciente domino exerceat, non tantùm mercem illam, sed etiam omnem illius mercis negotiationem intuetur, id est, lucrum omne quod ex ea negotiatione quoquo modo potest accedere: quemadmodum is qui cum seruo peculium habente, contrahit vniuersum ipsius peculium vbicunq; & vndecũque sit, intueri dicitur, velut proprium eius patrimonium *l si ex duobus 32. in fine princip. infr. de pecul.* vt diximus ad *l.3. in princ. supr.* Meritò igitur Pętor per hanc actionem tribui iussit, non tantùm peculiarem illam mercem, in qua seruus sciẽte domino negotiatus sit, sed etiam quicquid inde receptũ fuerit, vt constat ex hoc *§.* & ex iis quæ paullo latiùs de hoc edicto refert Iustinianus in *§. introduxit inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Tota enim mercis negotiatio licèt maximè ex negotiatoris opera & industria pendeat, mercis tamen causa facta est, & ad eam proinde pertinet.

6 ¶ In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Ad §.6. In tributum.

RAT. DVB. & DEC. Eadem est, quæ ad *l.1. supr.* videbatur enim non esse vocandum serui dominũ in tributum cum cæteris mercis creditoribus, quia id fieri non posset, nisi adempto ei priuilegio deductionis, vt loquitur Vlpianus in *d.l.1. & in §. prox. infr.* quod tamen priuilegium cùm tam multis rationibus concessum sit, quæ extant in *l. sed si damnum 9. §. peculium. & §. prætereà l. ex facto 52. infr. de pecul.* non facilè nec sine magna causa adimi ei debet. Priuilegia enim quamquam per se odiosa sunt, nec nisi magnis de causis concedenda tanquam quę per legem illam duodecim tabularum prohibita sint, *priuilegia ne irroganto*, si quando tamen concessa sint, religiosè conseruanda sunt *l. Antiochensium 35. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. antep. de priuileg credit. l.1. infr. ad municip. l.1. de nundin.* Ea verò maximè quę interpretes nostri vocant *in corpore iuris clausa*, quale hoc est, quod habet dominus in actione de peculio, & cætera omnia de quibus in illo vulgari titulo, qui tamen in Pandectis Florentinis nullus est *de priuileg. credit.* sed contra dominum facit, quòd sciendo & patiendo seruum suum negotiari in merce peculiari facto ipse suo sibi præripuit priuilegiũ deductionis: quod vt saluum retineret, debuerat cùm posset prohibere seruo suo ne ea merce negotiaretur: ea res facit, vt à Prætore vocetur in tributum cum cæteris serui creditoribus non omnibus, sed eius duntaxat mercis, vt scriptũ est in hoc *§.* nam neq; aliorũ creditorum ratione, qui ex aliis causis cum eodem seruo cõtraxerũt quicquam imputari domino potest, propter quod suũ deductionis priuilegium amittere debeat, nec latiùs patere effectus potest quàm sua causa.

7 ¶ Sed est quæsitum, dominus vtrùm ita demùm partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an verò & si ex alia causa? & Labeo ait, ex quacumque causa ei debeatur: paruíque referret ante mercem, an postea ei debere quid seruus cœperit. sufficere enim, quod priuilegium deductionis, perdidit.

Ad §.7. Sed est quæsitum.

RAT. DVB. In actione tributoria vocatur dominus in tributum cum cæteris mercis creditoribus, sicut alius extraneus quilibet *l.1. sup. §. introduxit inst. quod*

quod cū eo qui in alien. potest. Atqui neque alij creditores cū domino vocātur in tributum, quàm qui sunt creditores eiusdem mercis, neq; qui mercis creditores sunt, vocantur, si ex qua alia causa ipsis debeatur, vt diximus in §. præcedente. Ergo & dominus mercis partiri ex merce cum cæteris omnibus creditoribus debet, & in tributum vocari, siquid ei ex causa illius mercis tantùm, non etiam si aliunde quid ei debeatur: ne alioqui in eo, in quo habendus est, pro extraneo creditore melioris tamen condicionis sit, quàm cæteri extranei. Contra mentem & propositum Prætoris qui hoc edicto videtur id egisse, vt in hac tributoria actione dominus cum cæteris creditoribus concurrens in omnibus & per omnia ad instar extranei creditoris redigeretur.

Dec. Id vnum Prætor egit hoc edicto, vt domino auferret priuilegium deductionis quod habet in actione de peculio, satisque punitur ea domini scientia & patientia in hoc quod priuilegium illud deductionis perdit: nec etiam in eo puniendus est, vt extra causam mercis, nec creditor esse videatur. Ergo non tantùm partiri ex merce dominus debet, siquid ei ex mercis causa debeatur, sed etsi ex alia quacunque causa: adeò vt nec referat, an ante mercem, an postea deberi aliquid ei cœperit: cùm & creditoribus cæteris & Prætori ipsi sufficere debeat, quòd suum deductionis priuilegium perdiderit, vt Vlpianus ex Labeone hîc scribit: non enim domino iniuria fieri debet, quamuis in tributum vocetur, vt scriptum est in *l. 7. in princ. inf.*

8 ¶ Quid tamen siqui contrahebant, ipsam mercem pignori acceperint? puto debere dici, præferendos domino iure pignoris.

Ad §. 8. Quid tamen.

Rat. dvb. Non potest dominus à seruo suo pignus vllum accipere, cùm nihil suum habeat seruus quod pignori dare domino possit *tot. tit. Cod. si alien. res pign. dat. sit.* Non ergo potest imputari domino, curà seruo pignus non acceperit: alioqui deterior facilè fiet condicio domini quàm cæterorum creditorum, quæ tamen melior esse deberet. Sed & eadem ratio facit, vt neque pignoris obligatio possit subsistere, etiamsi aliis creditoribus eam mercem idem seruus pignori dederit, cùm dominus serui sit etiam dominus mercis, nec quòd dominus eum seruum in eiusmodi merce negotiari patiatur, facere potest, vt pignoris quoque dationem permisisse videatur, quæ nec tum permissa esse intelligitur, cùm dominus expressa voluntate cum seruo contrahi iussit *l. dominum 3. infr. quod iuss.* Nihil ergo referre potest, an seruus mercem ipsam pignori dederit aliis creditoribus an non dederit.

Dec. Pignoris datio valet non solùm si à domino facta sit, sed etsi ab alio dummodò ex domini voluntate *l. aliena 20. supr. de pignor. act. l. 1. 2. & pass. d. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit*, adeóque dissimulatione *l. mulier 11. C. de distract. pignor.* Atqui cùm dominus sit & patitur seruum suum peculiari aliqua merce negotiari, satis pati intelligitur, vt det pignori. Quid enim aliud est negotiari quàm quoquo modo contrahere? Aut quis vnquam dixit pignoris dationem extra causam negotiationis esse? Ideóque certè plus potest seruus cui negotiari permissum est, quàm qui cōtrahere ac dominū ipsum in solidum obligare iussus fuit? *d. l. dominum*, quia obligatio personæ, nihil commune habet cum obligatione bonorum, vt ibi dicemus, & constat ex *l. sed etsi 25. §. si tamen 14. supr. de hered. petit.* alioqui censerentur obligata bona debitoris omnia hoc ipso quòd esset obligatus, quod tamen falsissimum est, extra eas causas, de quibus in *tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. infr. &* C. & siquæ aliæ sunt similes, quæ priuilegium habent tacitæ hypothecæ. Idque probat etiam optimè hic §. cum §. *planè 17. infr. hac lege.* Sed tamen obserua, vt cæteri creditores pignoris iure domino præferantur, pignoratam esse debere mercem ipsam, aut quid aliud ex iis quæ mercis nomine recepta sunt. At non etiam aliud quicquam ex domini bonis. Non enim scientia & patientia illa domini in huius mercis negotiatione, ex qua ius pignoris dandi colligimus ad alia quoque bona extendi potest. Quod autem dicimus ea ratione futurum, vt deterioris condicionis sit dominus, quàm cæteri creditores, cùm neque mercem illam quæ iam sua est, neque aliud quippiam à seruo pignori accipere dominus possit. Verum quidem est, sed rationem iuris certam immutare non potest, cùm imputare sibi dominus debeat, cur sciens passus sit negotiari seruum, cùm posset ei prohibere ne negotiaretur, aut saltem ne mercem ipsam, vel quid aliud pignori daret. Nam & potest certum genus contractus prohiberi *l. sed si pupillus 11. §. condicio supr. tit. prox.* & ipsa præsertim pignoris datio, *l. vlt. C. de rebus alien. non alienand.* Quod si dominus pignoris dationem non prohibuerit, prudenter facit creditor, si mercem ipsam pignori accipiat, quia pignoratitiorum creditorum priuilegia ex tempore incipiunt accepti pignoris. Cæterorum verò non ex tempore, sed ex causa *l. priuilegia 32. infr. de reb. auctor. iud. possidend.* Nisi quod quidam etiam ex creditoribus pignoratitiis anterioribus aliis interdum postponuntur, vt in *l. interdum 5. infr. qui potior in pignor. hab. l. assiduis 12. Cod. eod. tit.* Hunc tamen §. Galli parum curarent, apud quos pignorum mobilium persecutio hypothecaria nulla est, si ab alio quàm ipso debitore possideantur. Id enim est quod aiunt, *Les meubles n'ont point de suite.*

9 ¶ Siue autem domino, siue his, qui in potestate eius sunt, debeatur, vtique erit tribuendum.

Ad §. 9. Siue autem domino.

Rat. dvb. Prætor in hoc edicto in tributum vocauit dominum cum cæteris mercis creditoribus §. *in tributum supr.* & quidem tanquam extraneum creditorem *l. 1. supr.* non etiam eos, qui in eius potestate sunt, siquid ipsis quoque debeatur. Ergo soli domino ex hoc edicto tribuendum est, & partiendum ex merce siquid ipsi debetur, non etiam siquid aliis, quos habet in sua potestate.

Dec. Quod iis debetur, qui in potestate domini sunt, ipsi quoque domino deberi intelligitur *l. sed si damnum 9. §. huic definitioni infr. de pecul.* vnde est, quod actione de peculio conuentus dominus id quoque deducit quod ipsis debetur, vt ibidem scriptum est: satis ergo est, quod conuentus actione tributoria priuilegiũ illud deductionis amittat, quod in actione de peculio haberet, nec præterea ipsius etiam pecuniæ quæ debetur his qui in potestate domini sunt iacturam facere dominus debet *§. sed est quæsitum 7. in fin. supr.* cùm sit ipse creditor: alioqui afficeretur iniuria, quod tamen fieri non debet, quamuis in tributum vocetur, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. illud quoque 7. in princ. infr.*

10 ¶ Sed si duo, pluresve domini sint: vtique omnibus tribuetur pro rata debiti sui.

Ad §. 10. Sed si duo.

Rat. dvb. Edictum Prætoris de tributoria actione non de alio domino locutum est, quàm qui sciuerit, & passus sit negotiari seruum in peculiari merce, eúmque in tributum vocauit tanquam extraneum quemlibet creditorem *l. 1. supr. §. introduxit inst. quod cũ eo qui in alien. potest.* ergo si duo pluresve sint domini, quibus debeatur, non illis tribuendum est pro rata debiti sui, sed ei soli qui tributoria conuenitur. Dec. Non debet esse deterior causa domini eiusdémque creditoris, quàm aliorum creditorum, cùm hoc plus iuris habeat, quàm cæteri creditores, quod sit dominus *arg. l. 1. §. vlt. inf. si à parent. quis manum. sit.* Plus etiam quàm dominus alter qui seruum suum in ea peculiari merce negotiari passus est, quod ille nec sciuit nec passus est, sed ignorauit, vnde est, quod ex eius persona potest deducere id omne quod ignoranti condomino debetur, quamuis per actionem tributoriam ex propria sua persona conueniatur *l. 3. in princ. supr.* Ergo verũ est & extra omnem omnino dubitationem, quod hîc scribitur, si duo pluresve domini sint, vtique omnibus pro rata debiti sui tribuendum esse. Idque significat dictio *vtique* sine dubio scilicet ac sine vlla distinctione: quid ergo si vnus tantùm creditor appareat? dicemus in §. *vlt. infr.*

11 ¶ Non autem totum peculium venit in tributum: sed id duntaxat, quod ex ea merce est: siue merces manent, siue pretium earum receptum [a] conuersúmve est in peculium.

Ad §. 11. Non autem totum.

Rat. dvb. Iniuria fieri videtur creditoribus si non iis ex toto peculio satisfiat, cùm habeant obligatum dominum actione de peculio, non solùm si eo ignorante seruus contraxerit *l. nec seruus 41. infrà de pecul.* sed etiamsi eo prohibente *l. si quis seruum 29. §. 1 l. quoties 47. eod.* quanto magis cùm sciuit & passus est dominus seruum in peculiari aliqua merce negotiari? Dec. In actione de peculio totius peculij ratio habetur, quia pro eo incommodo habet dominus hoc commodum quod deductionis priuilegio vti potest, vt in eo quod ipsi eisque quos in sua potestate habet debetur, omnibus præferatur *l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. l. ex facto 52. inf. de pecul.* at in actione tributoria non habetur ratio totius peculij, sed eius tantùm mercis qua dominus sciente ac patiente domino negotiatus est, & si quid inde receptũ sit, quia pro eo incommodo habent creditores hoc commodum, quod pari iure certant cũ domino, ac si esset ille extraneus creditor, nec priuilegium vllum deductionis timent. Ergo apud se explorare debet, an expediat agere tributoria, an de peculio *l. aliquãdo 11. inf* nec possunt conqueri quasi minus cõsecuti sint ex ea actione, cuius naturam passi non est, vt plus cõsequi potuerint *§. cæterùm institut. quod cũ eo qui in alien. potest.* Fieri enim & sequi condẽnationem necesse est ex natura cuiuslibet propositæ actionis, cuius fines prætergredi, neque Prætor potuit dictando formulã, neque iudex pronunciando, proindesi tributoriam creditores elegerint sibi imputent: nec enim volenti fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ plu. arcend.* voluerunt autem certè qui maluerunt *l. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.*

a *Siue merces manent, siue precium earum receptum.* Rat. dvb. Aliud est merx, aliud verò mercis æstimatio & precium *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufr. l. 1. de rer. permut* & cuiusq; rei preciũ non tantũ merx non est, sed neq; ex merce, at potiùs ex negotiatione percipi intelligitur, vt suprà diximus & *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo in tributoriã ita demùm venire merces debent, si maneant & durent, non etiam si venditæ iam sint, earumq; preciũ conuersum sit in peculium, cùm in hac actione peculij quod extra mercem mercisq; causam est, ratio nulla habeatur *§ prox. præced.* Dec. Nihil interest, quantũ ad hanc actionẽ pertinet, an merces maneant, an verò vẽditæ sint & earũ preciũ conuersum in peculium: censetur enim precium quod ex iis receptum est subrogatum esse in ipsarum locũ, vt earũ vice tribui & distribui debeat, quia nec consumptũ videri potest, quod in corpore patrimonij retinetur *l. sed quod inde 71. & seqq. infr. de legat. 2.* & præterquã quod dici solet subrogatum sapere naturam eius in cuius locũ subrogatũ est *vulg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarũ supr. si quis caution.* Prætor etiam verbis edicti huic rei optimè prospexit. Constituit.n. vt non tantùm merx tribui deberet, sed etiam quod ex merce receptũ esset, ne dubitari posset, de precio quoq; tribuẽdo, cæterisq; omnib. quæ ex mercis negotiatione accessisset *§. introduxit inst. quod cum eo qui in alien. potest.* nec enim semper precium succedit loco rei, sed aliquibus tantùm casibus, vt puta in iudiciis vniuersalib. *l. si & rem & precium 22. supr. de hered. petit.* vbi diximus.

12 ¶ Sed etsi adhuc debeatur mercis nomine à quibusdam, quibus solebat seruus distrahere: hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum.

Ad §. 12. Sed etsi adhuc.

Rat. dvb. Quod adhuc à quibusdam debetur mercis nomine nondum est eius cui debetur: est enim vnusquisque dominus eius pecuniæ quã debet *l. 1. infr. de liber. legat.* ergo nõ potest in tributũ venire: Domi-

Domini enim est tribuere ac distribuere, nec nisi domino distributionem Prætor permittit, vt scribit Iustin. in §. *introduxit inst. quod cum eo.* Dec. Quod debebatur si solutũ sit, fit creditoris, alioqui solutio nõ pareret liberationem, si pecunia non fieret accipiẽtis, & quidem in totum & irreuocabiliter *l. si rem 20. l. si quis aliam 47. l. si alienũ. 78. l. qui res 98. in princ. de solut. l. si non fortè 26. §. si centum supr. de condict. indeb.* Ergo potest hoc ꝙ adhuc mercis nomine debetur in tributũ venire eo demũ tẽpore quo solutũ & receptũ fuerit, ac proinde si per partes soluetur, ꝙ plerũq; fit, prout receptũ fuerit, quomodo Vlp. hic loquitur.

13 ¶ Si præter mercem seruus iste in taberna habeat instrumentum, an hoc quoque tribuatur? & Labeo ait, & hoc tribui. & est æquissimum. plerumq; enim hic apparatus ex merce est, immò semper. Cætera tamen quę extra hæc in peculium habuit, non tribuentur, vt puta argentum habuit, vel aurum: nisi si hæc ex merce comparauit.

Ad §. 13. Si præter mercem.

Rat. dub. Instrumentum quod habet seruus in taberna eius mercis nomine qua negotiatur sciente domino, licèt mercis gratia comparatum proponatur, attamen neque merx ipsa est, neque quicquã ex merce receptum, ideóq; apparatus dicitur eleganter, vt intelligamus parari ad mercis negotiationem. Ergo neq; ex verbis, neq; ex sententia edicti in tributum venire potest: Prætor enim non nisi de merce locutus est, & de eo quod ex merce paratum esset *§. introduxit instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Dec. Apparatus hic plerumque imò semper ex merce est, eiúsque impensa si non ipsi merci, saltem mercis negotiationi imputatur, quoniam aliter fieri negotiatio non posset: si qua tamen in taberna sint extra hoc instrumentum, quæ seruus hic in peculiũ habuerit, vt puta argentum, vel aurum: ea verò non tribuentur, quia nihil commune habent cum merce, nisi proponas ex merce ipsa fuisse comparata. Quo casu in tributum venient ex verbis illis edicti *& quod ex merce receptum erit d. §. introduxit. iunct. §. non autem totum sup.*

14 ¶ Itẽ si mãcipia in negotiatione habuit ex merce parata, etiã hęc tribuẽtur.

Ad §. 14. Item si mancipia.

Rat. dub. Mancipia non cõtinentur mercis appellatione *l. mercis appellatione 207. de verb. signif.* non quia nec mobilium nomine veniãt, vt quidam putant *arg. l. mercis appellatio 66. eod.* [veniunt enim vt constat ex *l. 5. §. Nerua filius infr. de acquir. poss.*] sed propter dignitatem hominum, quorum gratia merces, cæteræque res omnes à natura cõparatæ sunt, vt diximus ad *l. 1. §. 1. supr. ex l. iustissimè 44. infr. de ædilit. edict. iunct. l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. de vsur.* Ergo nec possunt venire in tributum per actionem tributoriam. Dec. Mercis appellatio in hoc edicto latiùs sumitur, vt etiam seruos fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venalicianos cõprehendat *d. §. 1.* at non etiam cætera mancipia, nisi si qua sint ex merce parata, de quibus solis agit Vlpianus in hoc §. Etsi enim mercis appellatione non veniunt, attamẽ veniunt appellatione eius quod ex merce receptum est: nam & pecunia veniret *d. §. non autem & seq. supr.* cùm tamen nemo vnquam dixerit pecuniam mercis appellatione comprehendi *l. prima, infrà de rerum permutat.* quæ nec merce æstimari potest, sed ad æstimandas merces præcipuum vsum suum præstat *l. si ita fideiussorem 42. infrà de fideiuss.*

15 ¶ Si plures habuit seruus creditores, sed quosdam in mercib. certis: an omnes in iisdem confundendi erunt, & omnes in tributum vocandi? vt puta duas negotiationes exercebat, (sagariam, & lintheariam) & separatos habuit creditores, puto separatim eos in tributum vocari. vnusquisque enim eorum merci magis, quàm ipsi, credidit.

Ad §. 15. Si plures.

Rat. dub. Cùm idem seruus plures habuit negotiationes sciẽte domino, puta sagariam de qua in *l. cùm duobus 52. §. quidam infr. pro socio,* & lintheariam, verum est omnium nomine tributoriam actionem in dominũ cõpetere, & in vtraq; negotiatione dominũ extranei loco habendũ esse: quidni ergo creditores omnes inter se cõfundendi erunt, cum quibus ipse etiã dominus cõfunditur? aut cur plures tributorias actiones inter eos inducamus, quib. possit vna sufficere? præsertim cũ vnus tantũ seruus sit, ex cuius contractib. dominus cõuenitur: nã & dici solet in potestate cuiuslibet debitoris esse adiiciendo sibi nouos creditores priorũ causam deteriorem facere *l. 1. §. 1. infr. de separat.* Dec. Plurib. ab eodem seruo factis negotiationib. diuersarum merciũ, si quosdã creditores in certis mercib. alios verò in aliis habuit, nõ possent omnes in iisdem mercib. confundi, simúlq; in tributũ vocari sine manifesta eorũ iniuria, qui in negotiationem vtilioẽ credidissent, quia vnusquisq; eorũ qui pro illa tantũ negotiatione creditores esse voluerunt, non tam seruo, quàm merci ipsi pecunias suas credidisse intelligũtur: alioqui eueniet facilè, vt ex vnius re mercéve alij indemnes fiant, alij damnũ sentiãt, vt in § *prox. seq.* Vlpian. ait, ergo quemadmodum seruus hic separatos habuit creditores, ita & separatim eos in tributũ vocari oportet, nec alij inter se cõfundẽdi sunt, quã qui ad eiusdẽ mercis negotiationẽ pertinẽt, quã solã intuiti sunt, cũ crederent: nec tantùm hoc casu separatio fit creditorum, sed aliis etiam plerisque, in quibus ratio aliqua æquitatis ita fieri suadeat, vt in *d. l. 1. de separat. l. si certarum 7. §. 1. de testam. milit.*

16 ¶ Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, & ego fui tabernæ, (verbi gratia) quam ad Hucinum habuit, ratiocinatur, alius eius, quam trans Tiberim: æquissimum puto, separatim tributionem faciendam: ne ex alterius re mercéve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.

Ad §.16. Sed si duas.

RAT. DVB. Diuersitas locorum non inducit diuersitatem negotiationum, parúmq; interest vbi sit taberna, & in qua quis pecuniam crediderit, dúmodo vtraq; taberna ad eandem negotiationem pertineat, quia non mutat causam actionis locus vendendi emendíve, cùm semper verum sit creditam esse pecuniam in eiusdē mercis negotiationem *arg. l. tùm interdum 4. supr. tit. prox.* Ergo quamuis separandæ sint negotiationes, cùm plures sunt, & singularū negotiationū creditores, vt diximus in *§. preced.* non tamē separandæ sunt tabernæ eiusdē negotiationis, quāuis diuersę sint, & diuersorum locorum, præsertim si sint in ciuitate, puta Romæ, vna ad Buccinū aureum in quarta vrbis regione, alia trās Tyberim, vt Vlp. hîc ponit. DEC. Fieri interdum potest, vt cuius quoque mercis diuersæ sint in eadem etiam vrbe negotiationes, vt si quis duas tabernas eiusdem negotiationis exerceat, quarum vnaquæque suos creditores suósq; debitores habeat, suas deniq; rationes ab alterius tabernæ rationibus separatas: ꝙ cùm euenit æquissimum certè est, separatim tributionem fieri, nec tabernas earúmque rationes quæ separatæ sunt confundi, ne, vt Vlp. ait, ex alterius re, mercéve, alij indemnes fiā, alij damnum sentiant. Separata enim coniungi nunquam oportet, neque coniuncta separari quoties ex ea mutatione alius damnum & incommodum sensurus est.

17 ¶ Planè si in eadem taberna merces deferebantur: licet hæ, quæ exstēt, ex vnius creditoris pecunia sint comparatæ: dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratæ [a].

Ad §.17. Planè si in eádem.

RAT. DVB. Cauendū est, quantum fieri potest, ne ex alterius re vel merce alij indēnes fiant, alij damnū sentiant, vt scriptum est in *§. prox. supr.* Atqui cū quoque cū merces omnes in vnā eādemq; tabernā deferebātur, si eæ quę extant cōparatę fuerūt ex vnius creditorū pecunia, & ille tamē cæteris creditorib. omnib. in iis mercib. non præferatur, eueniet vt ex ipsius mercibus, alij creditores indēnes fiāt, alij verò dānum sentiant, cum si hic creditor pecuniā suā ad eas merces cōparandas nō credidisset, hæ hodie nō extarēt in taberna, neq; in tributū venirēt, ergo dicēdū est nec hodie in tributū illas venire, sed in iis pręferendū esse illū ex cuius pecunia cōparatę fuerunt, ne alioqui ex ipsius dāno cæteri creditores indēnes fiant. DEC. Res quæ ex pecunia mea cōparata est, nō ideò mea est, adeóq; nec mihi obligata, si pupillū & militē excipias, quib. speciali quodā priuilegio ius illud cōcessū est *l. ex facto 52. vers. planè si ex re pupilli inf. de pecul. l. si vt proponis 8. C. de rei vendic. l. 3. C. arbitr. tutel.* sicuti neque pecunia redacta ex re furtiua est, furtiua *l. qui vas 48. §. vlt. de furt* neque res empta ex pecunia cōmuni est cōmunis *l. si vnus 67. §. 1. pro socio*, neque pecunia redacta ex re pignorata est, pignorata vel contra *l. idemq; est 7. in fin. infr. qui potior. in pigno. hab.* ergo etiamsi merx illa extet adhuc quæ ex vnius creditorū pecunia cōparata est, nullū tamen priuilegiū habere potest creditor, cui⁹ pecunia fuit, vt in ea merce pręferri cęteris debeat, cū neque iure dominij neq. iure pignoris possit dicere se potiorē: sibiq. debet imputare, cur cùm pecuniā crederet, nō cauerit sibi, vt merx quæ ex illa pecunia emeretur, esset sibi pignorata: quo casu proculdubio pignoris iure præferretur, vt subiicit Vlp. in hoc §. & iā diximus in *§. quid tamē 8. supr.* nā & ꝙ magis est, si quis rē suā vēdiderit habita fide de precio, atq. ita dominiū trāstulerit, nec tamē preciū acceperit, etiā in ea ipsa re quā vēdidit cæteris creditorib. omnib. pignoratitiis postponetur, Chirographariis verò nō præferetur, nisi specialē in ea re hypothecam sibi exceperit: quo vno casu placuit habere illū ius prælationis *l. licet 7. C. qui potior. in pign. hab. l. quāuis 17. C. de pignor.* ponēdū tamen est habitā fuisse fidē de precio, alioqui dominium rei venditæ non trāsferretur in emptorē *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de contr. empt.* & consequenter iure prælationis non indigeret cui vindicatio competeret *§. prox. infr.*

a *Nisi fuerint creditori pignerata.* RAT. DVB. Inter creditores ille qui saluā fecit pignoris causā, vt puta qui pecuniā credidit, ad refectionē ædificij pignorati habet ius nō tātū tacitę hypothecę *l. 1. inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. taci. contr.* sed etiā prælationis *l. interdū 5. qui potior. in pign. hab. l. creditor 25. sup. de reb. credi.* quidni ergo multo magis ille qui præbuit pignoris causā? siquidē lōgè plus est eā prębere, quā saluā facere: atqui præbet causā pignoris ille qui pecuniam credit ad emēdas merces: nec. n. aut aliis pignorari possēt specialiter, aut venire in generalē obligationē bonorū debitoris, si nō hic creditor ad eas emēdas pecuniā credidisset, ergo hic quoq; priuilegiū vtrūque habere debet, & taciti pignoris & prælationis, nec proinde indiget cōuentione illa quā Vlp. hîc requirit, vt fuerint ei pigneratæ. DEC. Faborabilior ille est, qui credidit vt saluā faciat, quā qui vt prębeat pignoris causā, nō quia pl⁹ nō sit eā præbere quā saluā facere, sed quia ei qui prębet imputari potest, cur nō sibi meliùs prospexerit per cōuentionē expressā de pignore, cū potuerit in ea re quę ex ei⁹ pecunia emēda erat, nō tātū obligationē pignoris, sed etiā priuilegiū prælationis sibi acquirere, dummodo speciali cōuentione pignoris in ea re sibi cōsuluisset *d. l. licet 7. C. qui potior. in pigno. hab.* at nihil imputari potest ei, qui saluā fecit pignoris causā, cùm nō solū posterior cōtraxerit, sed etiā in refectionē ædificij iā obligati anteriorib. creditorib⁹, quib. nec vlla sua cōuentione derogare potuisset, qua ratione, nec vllā causam habuisset credēdæ in eā rē pecuniæ, si nō fuisset inuitatus priuilegio illo prælationis, ꝙ tamē cōcedi ei nō poterat, nisi inducto priùs in necessariū antecedēs alio priuilegio tacitæ hypothecę. Quomodo. n. posset in pignore pręferri, ille qui nullū pignoris ius haberet? *l. Aristo. 3. inf. quæ res pig. obl. pos.* nec tamē magis ipsius interest, quā cęterorū creditorū omniū, vt omnib. ipse pręferatur, ne alioqui si nolit credere in refectionē prędij & ędificij iā obligati metu amittēdæ pecuniæ, pereat cæteris pignus, ꝙ ille sua pecunia saluū facturus esset: ergo creditori qui pecuniā dedit ad emēdas merces ex eādem postmodū comparatas, de quo Vlp. hîc loquitur, imputari potest & debet, cur eas pignori sibi dari non curauerit, si id agebat, vt in ijs præferretur cæteris, nec in tributum venire cogeretur.

18 ¶ Sed si dedi mercē meā vendendā, & exstat: videamus, ne iniquū sit in tributum me vocari. & si quidem in creditū ei abiit, tributio locum habebit enim verò si nō abiit: qa res vēditæ nō alias desinūt esse meæ, quāuis vēdidero, nisi ęre

soluto

soluto, vel fideiussore dato, vel aliàs satisfacto: dicēdum erit, vindicare me posse.

Ad §. 18. *Sed si dedi.*

RAT. DVB. Cùm dedi mercem meam vendendam seruo tuo negotiatori, eáque ipsi vendita & tradita est, non dubitatur quin contractus emptionis & vēditionis perfectus omnino sit quippe qui consensu solo perficitur, adeò vt neque traditionem vllam exigat, résque vendita periculo sit emptoris, etiam priusquàm tradita ei fuerit. § *cùm autem inst. de empt. & vendit l. 1. & tot. tit. C. de pericul. & commod. rei vendit. l. necessariò* 8. *infr. eod ill. tit* ergo non potest dubitari, quin abierim iam in creditum factúsq; sim creditor huius mercis peculiaris, cùm in creditum iri ex quolibet contractu possit etiam verborum *l. 2. §. creditū & §. vlt. supr. de reb. credit.* consequenter inutilis & ridicula videtur ea distinctio quam Vlpianus hîc adhibet, an in creditum iam abierim, nécne, vt priore casu in tributum vocari debeam, etiamsi merces extent quas vendidi: posteriore verò vindicare eas possim quasi adhuc meas necdum alienatas.

DEC. Ex cęteris quidem contractibus si sint habiles ad translationem dominij, transfertur dominium per traditionem *l. qua ratione* 9. §. *hæ quoque res l. traditio* 20. *l. nunquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Sed in contractu venditionis speciale ius est ex lege 12. tabul. vt vēditæ res & traditæ quamuis à domino, non acquirātur tamen emptori, donec precium sit ab ipso solutum, aut aliter eo nomine satisfactum puta datis fideiussoribus, aut quo alio modo, vt iam attigi ad §. *praced. ex l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *infr. de contr. empt. §. venditæ instit. de rer. diuis.* & Vlpianus in hoc §. disertè scribit. Ergo necessaria & optima distinctio est, quam hîc Vlpianus adhibet, an in creditū iam abierim earum mercium nomine quas vendidi, an non, id est an dominus manserim, an verò ex domino factus sim creditor: Priore casu non veniunt merces in tributū quia nondū sunt tabernæ, sed meæ, ita vt tanquam meas vindicare illas iure possim, cùm neque precium mihi solutum sit, neque aliter eo nomine satisfactum. In tributum autem sicut veniunt eæ tantùm merces, quæ sunt domini tabernam exercentis: ita neque alij creditores vocantur, quàm qui veniunt iure creditorū, in quo numero ij non sunt, qui tanquam domini actionem in rem habent, sed illi tantùm qui personalem. At posteriore casu, cùm merces meæ esse desierint, & negotiationem, tabernámq; auxerint, non alio vtique quam creditoris iure censeri possum *l. creditores* 10. *cum seqq. de verb. signific.* & ideo me in tributum cum cæteris vocari necesse est, atque ita perdere quod plus erit in mercium precio quàm illud erit, quod per tributoriam consequi potero. Nec enim tributoria vnquam datur in solidū, sed facta totius mercis & eius, quod inde receptum est, æstimatione primum: deinde inter creditores omnes distributione pro rata portione eius quod singulis debetur §. *sed si duo & pass. supr.* nisi cùm vnus tantum est creditor quo casu potest ille solidum consequi, sed præstita cautione de refundendo eo quod amplius sua parte perceperit, si alios contingat emergere creditores §. *vlt. infr.* alioqui soluere id esset non distribuere. Ex quo intelligimus eum qui rem suam immobilem vendidit & tradidit, si tam stultus fuit, vt temerè fidē habuerit de precio, quod ei solutum non sit, in ea causa esse, vt non tantùm partem precij sed totū ipsum precium facilè amissurus sit, si ab alijs creditoribus hypothecarijs anteuertatur, nec prospexerit sibi speciali conuentione pignoris in ea ipsa re constitu i quam vendidit. Idque locus hic omniū optimè probat: & quamuis iniquum hoc esse plerisque videatur, nō habet tamen venditor de quo alio quàm de se conqueratur, qui minus cautè negoriatus sit, neque aduersus periculum anteriorum creditorum melius sibi prospexerit: constat sanè specialem conuentionem pignoris in re vendita constitui tantū hîc posse, quantū posset specialior conuentio de iure prælationis *d. l. licet* quia liberū est vendenti quam velit legem & conditionem rei suæ dicere *l. venditor* 13. *supr. commun. præd.* etiam in præiudicium creditorum anteriorum, cum in traditionibus rerum quodcumque pactum appositum sit, id valere oporteat *l. in traditionibus* 48. *de pact.* quia nec aliter venditurus fuerat, nec traditurus *l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.*

19 ¶ Tributio autē fit pro rata eius, quod cuiq; debeatur, & ideo, si vnus creditor veniat desiderās tribui, integram portionē consequitur. sed quoniam fieri potest, vt alius quoq;, vel alij exsistere possint mercis peculiaris creditores: cauere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si fortè alij emerserint creditores.

Ad §. *vlt. Tributio.*

RAT. DVB. Qui priores contraxerunt, ij videntur iure potiores esse debere, vt solidum quod eis debetur consequantur, eo scilicet iure quo & in pignoribus, qui prior est tempore, potior est iure *l. si fundū* 4. *& pass. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Aut saltem illi qui diligentiores fuerint in agendo. & qui actionem occuparunt, vt euenit in actione de peculio, *l. si verò* 10. *l. ex facto* 51. *infr. de pecul.* Cū iura vigilantibus scripta sint non negligentibus *l. non enim* 16. *sup. ex quib. caus. maior. l. quod autem.* 6. §. *sciendum l. pupillus* 24. *infr. Quæ in fraud. credit.* Ergo qui priores sunt tempore in debito contrahendo, aut qui priores egerunt, non sunt onerandi cautione de restituendo eo, quod ipsi plus sua parte perceperint, si fortè contingat alios posteà creditores siue anteriores siue posteriores emergere, quia imputare sibi debebunt illi cur tardiùs venerint.

DEC. Inter pignoratitios quidē creditores priuilegiū prælationis æstimatur ex tēpore, nisi in certis casibus qui priuilegium prælationis meruerunt *l. 1. l. interdum* 5. *& seqq. infr. qui potior. in pignor. hab* ne ius quod sibi facto suo proprióq; cōuētione quæsiuerunt, iis alieno facto eripiatur cōtra *l. Granius* 71. §. *pen. infr. de fideiuss l. vlt. supr. de pact.* Pignoris enim conuentio afficit rem obligatam, & eam sequitur quocunque ierit *l. pignoris* 18 *l. debitorem* 15. *& pass. Cod. de pignor.* neq; hoc casu locum habet, quod dici solet, posse debitorē quēlibet adiiciendo sibi posteriores creditores anteriorū cōdicionē deteriorē facere *l. 1.* §. 1. *infr. de separat.* Id enim ad chirographarios tātū creditores pertinet, qui pignus nō habēt, nec aliam quàm personalē actionē. At inter chirographarios istos creditores priuilegia nō ex tēpore ęstimantur, sed ex causa, & ideò si eiusdē tituli fuerint cōcurrūt licèt diuersitas tēporis in his fuerit *l. priuileg.* 32. *de reb.*

author. iudic. possid. aliàs l. 18. quæ in fraud. credit. Nec proinde occupantis melior fit condicio, nisi in actione de peculio *l. prox. infr.* Cæteris igitur paribus necesse est, æqualem esse creditorum omnium condicionem, non meliorem eorum qui priores aut cõtraxerunt aut egerunt: ideóque imputari posset domino, qui diligentioribus solidum tribuisset, si non ab iis cautionem quam, suprà diximus, postulasset, quasi dolo carere, non videretur *l. dolo carere 41. infr. ad leg. Falcid. l. pen. in fin. supr. de hered. petit.* ac proinde cogendus esset de suo soluere, quod ex peculiari merce tribuere amplius non posset: quod tamen esset iniquum. Alia hodie ratio est heredis, qui legis & inuentarij beneficium implorauit. Placuit enim Iustiniano, vt si creditoribus diligentioribus soluerit, nulla quoque cautione exacta, sit tamen securus salua iis qui posteriore loco veniunt aduersus anteriores repetitione *l. vlt. §. si verò creditores C. de iur. delib.* Sed ea constitutio sicuti nouum ius facit, ita nec ad alios casus extendenda est, nec ad iuris veteris, quod in actione tributoria cæterísque similibus casibus obtinebat, correctionem. Cùm ergo vno tantùm ex peculiaris mercis creditoribus agente, possit fieri, vt alij creditores sint eiusdem mercis peculiaris, possit etiam fieri, vt non sint. Certè non est interim facienda mora creditori, qui prior venit, solidúmque ei tribui debet. Quomodo enim pro rata debiti posset ei tribui nullo alio creditore apparente, ex cuius comparatione possit rata illa portio constitui? Itaque hîc necessariò euenit, quod aliàs, cùm de virili portione tractamus, vt virilis portionis appellatione totum cõtineatur *l. virilis appellatione 145. de verb. signif. l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* quia nec virilis nec rata portio vlla est, quæ non fiat per concursum, vt proinde nemine concurrente solus solidum consequatur *l. coniunctim 80. de leg. 3.* Sed tamen qui prior venit, cauere debet aduersus periculum aliorum creditorum, qui possunt emergere. Sic fit, vt æquissimo temperamento, & huiusmodi cautionũ remedio omnibus benè cõsulatur, ne quis ex alterius facto damnum sentiat, nec ex alterius dãno lucrum, deniq; vt nemo lædatur, quod semper curandum est, quantum fieri potest *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matrim.*

6. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

NOn enim hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit: sed æqualem condicionem quandoque agentium.

Ad l. Non enim 6.

RAT. DVB. In actione de peculio melior idcò est condicio occupantis *l. si verò 10. l. ex facto 52. infr. de pecul.* quia in iure & causa pari creditorum omnium æquissimum est, potiores esse illos qui diligentiores fuerunt, & sibi vigilarunt, vt proximè diximus ex *l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit.* Iura enim vigilantibus & diligentibus scripta sunt non dormientibus aut negligentibus *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior.* Atqui eadem æquitas videtur habere locum in actione tributoria, nec dissimilitudinis ratio reddi posse. Cur non ergo & idem ius in vtraque actione constitutum est? *§. eâdem ratione vers. Institoria in fin. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. l. 3. §. vnde etiã infr. de iniust. rupt. vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. à Titio 108. in fine principij infr. de verb. obligat.*

DEC. Tributoria ob eam causam potissimùm comparata est, vt dominus quo sciente seruus in aliqua merce peculiari negotiatus est, cæteris creditoribus omnibus tanquam extraneus exæquetur, & vt ei priuilegium, quod habet in actione de peculio deductionis auferatur. Atqui non alia ratione habet hoc priuilegium, quàm quia præuenisse alios & occupasse, ac prior egisse, sibíque soluisse intelligitur *l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea d. l. ex facto 52. infr. de pecul.* Ergo vt ei hoc priuilegium eriperetur, necessarium fuit ita ius cõstitui, vt in actione tributoria occupantis condicio melior non esset. Alioqui cõtradictionem implicasset, vt in ea actione melior causa esset occupantis, & melior tamen non esset condicio domini, quàm cæterorum, nisi fortè duriorem facere voluisset Prætor, vt occupationis priuilegium quod domino ademisset, cæteris tamen creditoribus saluum esse vellet: quod certè nimis durum fuisset, ne dicam inhumanum. An non enim satis esse debet creditoribus, quod priuilegium domino Prętor abstulerit? *l. prox. §. sed est quæsitum supr.* neque verò iniuriam pati dominus debet, licet in tributum vocetur, vt subiicit Vlpianus in *l. seq.* In summa noluit Prætor in actione tributoria meliorem esse condicionem domini, quàm aliorum, sed vtique nec deteriorem, imò omnium æqualem, vt Paulus hîc scribit. Generaliter igitur in actione triburoria ita ius constitui necesse fuit, vt nullo casu melior condicio esset occupantis, quod in actione de peculio diuersum est.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ILlud quoque cauere debet, si quid aliud domini debitum emerserit, refusurum se ei pro rata. finge enim condicionale debitum imminere, vel in occulto esse. hoc quoque admittendum est. nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.

Ad l. Illud quoque 7.

RAT. DVB. Non eadem ratio est onerandi creditoris, qui prior debitum petit, vt cogatur cauere domino de ipsius debito aliquo, si quod emerserit, & vt caueat se refusurum pro rata si alij creditores emerserint. Nam alij creditores ignorantur & absentes sunt, nec imputari potest domino, cur eos non diuinauerit *l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. l. si putator 31. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. 4. §. illa etiam quæstio ad fin. infr. de doli mal. except.* At dominus qui ipse tributionem & distributionem facit, ignorare non potest, quid & quantum sibi debeatur. Alieni siquidem facti ignorantia semper probabilis est *l. vlt. infr. pro suo*, sed proprij non item *l. quamquam 7. infr. ad SC. Velleian.* Ergo quamuis æquissimum sit, eum qui ex creditoribus prior & solus venit solidum consecuturus, cauere de refundendo eo quod plus acceperit, si quid aliis deberi posteà appareat, nulla tamen aut iuris aut æquitatis ratio facit, vt ęquè domino de eo quod ipsi debetur caueri oporteat, cũ possit ei imputari, cur nõ statim

petat,

petat, siquid sit quod sibi deberi putet.

Dec. Non debet esse deterior condicio domini quàm aliorum creditorũ, nec ei debet iniuria fieri, quamuis in tributum vocetur, quia ideò vocatur, vt cæteris exæquetur creditoribus, non vt peiore loco sit, vt diximus ad leg.præced. Atqui aliorum creditorum nomine, qui nihil dum petunt, cauendum est domino *l.* 5. §. *vlt. supr.* ergo & ratione eius quod debetur domino, siquid fortè sit quod ille quandoque petere possit, hodie tamen nondum possit. Finge enim condicionale debitum aliquod imminere, id est, cuius condicio nondum quidem euenerit, sed tamen in eo sit, vt euenire breui possit. Finge etiam aliquod debitum latens & in occulto esse, quod postea possit emergere. Ideò namque prudentes nostri eleganter ita loquuntur, vt dicant æs alienum emergere, itémque creditores, id est, nunc primùm apparere: sumpta metaphora ab eo quod immersum & sub aqua latens postmodum emergit, & se exerit. His certè casibus nihil est, quod domino imputare possis: neque enim aut petere aut retinere quicquam potest debiti condicionalis nomine, cuius condicio nondum extiterit *l. cedere diem* 213. *de verbor. significat.* nec illius quoque nomine quod adhuc ignoretur, *l. cùm sex* 55. *infr. de adilit. edict.* Ergo de domini quoque debito ex his causis ipsi cauendum est.

1 ¶ Quid tamen, si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere: sed peculio, vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert, audiendum eum. quæ sententia habet æquitatem. & plerumque arbitrum in hanc rem Prætor debebit dare, cuius interuentu tribuantur merces peculiares.

Ad §. 1. *Quid tamen.*

Rat. dvb. Non debet priuati cuiusquam voluntas anteponi iussui Prætoris *l.* 1. §. *inde quaritur inf. de oper. nou. nunciat.* Atqui Prætor vult tributionem fieri à domino, vt scribit Iustin. in §. *introduxit Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo non est audiendus dominus si Prætori parêre nolit, id est, molestiam tributionis suscipere, nec si paratus sit toto peculio vel totis mercibus cedere: sed cogendus est tribuere iis nimirum remediis quibus Prætori parêre in aliis partibus edicti quis cogitur, id est, captis pignoris & indictione atque comminatione mulctarum. Dec. Non iubet Prætor, sed tantùm permittit domino mercis distributionem *d.* §. *introduxit*, fauore scilicet ac quodammodo honore domini, cui eam facultatem concedi æquius est, quàm alij vllii ex creditoribus. Ergo ita demùm si velit. Cuilibet enim permissum est, iis renunciare quæ pro se introducta sunt *l. si iudex circumuento* 41. *infr. de minor. l. pen. C. de pact.* neque verendum est, vt domini voluntas in ea re iussui Prætoris antepolita videatur. Quid enim aliud agit Prætor, nisi vt & domino & creditoribus æquo iure satisfiat? Id verò si aliter quàm per distributionem à domino factam fieri potest, satisfactum est Prætori, vt in *d.* §. *inde queritur.* Potest autem fieri duobus modis, qui in hoc §. proponuntur. Vnus est si dominus malit & peculio & mercibus in totum cedere, quàm suscipere molestiam distributionis. Plus enim præstat, hoc casu dominus quàm debeat, qui se facit ex creditore non creditorem *arg. l. eum qui* 15. *infr. de ann. legat. l. is cum quo* 7. *in fin. de aqua & aque pluu. arcend.* Vnde est, quod qui non nisi alicuius rei nomine tenetur facere quid aut præstare, potest eam rem derelinquere *d. l. is cum quo l. Prætor ait* 7. §. *vltim. & l. hoc amplius* 9. *infr. de damn. infect. l. cùm fructuarius* 64. *supr. de vsufruct.* Alter modus est, si nolente domino tribuere Prætor in eam rem det arbitrum, cuius interuentu peculiares merces distribuantur. Atque ita plerunque fit, vt & domino mos geratur, & creditoribus meliùs consulatur, quibus persona domini non potest suspecta non esse magis quàm arbitri à Prætore dati, qui nullum ex distributione lucrum sperandum aut damnum timendum habeat: præter id quod suam quoque iurisdictionem Prætor meliùs hoc modo tuetur.

2 ¶ Si cuius dolo malo factum est, quo minùs ita tribueretur: in eum tributoria datur, vt quanto minùs tributum sit, quàm debuerit, præstet. quæ actio dolum malum coercet domini. Minùs autem tribuere videtur [a], etiamsi nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce seruũ habere [b] minus tribuit: nõ videtur dolo minùs tribuisse. sed re comperta, si non tribuat, dolo nunc nõ caret. Proinde si ex ea merce solui sibi facit [c] vtique dolo videtur minùs tribuisse.

Ad §. 2. *Si cuius dolo malo.*

Rat. dvb. Actio tributoria nascitur ex contractu, & rei persecutionem continet vt apparet ex iis quę hucusq; diximus, & ex *l. prox. inf.* ergo dãda omnimodo est creditoribus etiamsi dominus nihil dolo malo admiserit. An non enim semper æquissimum est iniquam distributionem ad ęquiorem reuocari, ne cuiquam ex creditoribus fiat iniuria? *arg. l. maioribus* 3. *C. commun. vtriusq. iudic.*

Dec. Visum est aliquid permittendum esse domino in mercis suæ peculiaris distributione, nec quicquam ei posse imputari, tametsi minùs æquè distribuerit per imperitiam & errorem, si modò nihil dolo fecerit: Alioqui nullus erit tribuendi, & iterum tribuendi finis, si distributionem quamlibet liceat impugnare solo prætextu alicuius inæqualitatis, nullo etiam dolo interueniente. Meritò igitur placuit Tributoriam non aliter dandam esse contra dominum, quàm si is dolo malo quid fecisse in distributione probetur. Satisq; debet esse creditoribus quòd suum domino priuilegium deductionis eripitur: ob solam scientiã negotiationis quãuis nullius doli conscíam. Dolus autem eius si quis in distributione interueniat per tributoriam actionem vindicatur *l. procuratoris* 5. §. *sed est quæsitum supr.* non enim credendum est de dolo, hîc agi calculo cuius error etiam nullo allegato dolo corrigi semper potest, nisi de eo transactum sit *leg.* 1. *Cod. de error. calcul.* sed de ipso etiam iure distributionis,

quam certè domino permitti non oporteret à Prætore citra voluntatem creditorum, ne is in causa sua iudex quodammodo constitui videretur contra *tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* Excepto casu *l. 1. infrà. quar. rer. act. non detur.* nisi æquum putasset Prætor hoc ipsi priuilegium cōcedi velut in solatium amissi alterius priuilegij deductionis: sed ea tamen lege ne quid in ea distributione faciat dolo malo. Iunge *d. l. prox. infr. & §. introduxit Instit. quod cum eo qui in alien. potest.*

a *Minus autem tribuere videtur.* RAT. DVB. Comparatiuum necessariò includit in se positiuum ex cuius comparatione constituatur. Ergo aliquid vt tribuat oportet is, qui minùs tribuisse dicitur.

DEC. Etiam comparatiuum aliquando habet sensum & significationem positiui, idque cum quadam etiam elegantia, quæ prudentibus quoque nostris non displicuit: minùs enim solutum esse dicūt etiam cum nihil solutum est *l. minùs 32. de verb. signific.* Quidni ergo eadē locutione minus tribuisse dicetur, dominus etiam qui nihil tribuit? Non enim actionem tributoriam proposuit Prætor in eum qui nihil tribuit, sed in eum qui minus. Vnde fieret, vt in dominum qui dolo malo nihil creditoribus tribuisset, dari hæc actio non deberet, quasi cessantibus verbis edicti si nō hic quoq; minus tribuisse dicēdus esset. Quamquā nō adeo simpliciter dedit Prætor actionē in eū, qui minus tribuit: sed qui minus tribuerit, quā debuerit, vt cōstat ex hoc §. aut *quàm oportuerit*, vt loquitur Iustin. in *§. introduxit. Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Certè autem minus tribuit, quàm debuerit, & quàm oportuerit, ille qui nihil omnino tribuit, cùm aliquid vel saltē minimum tribuere deberet: ponitur enim hac locutione modus comparatiuus, non ad comparationem positiui, sed ad superlatiui, & eius quantitatis, quæ maior aut aliqua præstari debuit.

b *Si tamen ignorans in merce seruum habere.*

RAT. DVB. Initium cuiusque rei inspiciendum est *l. 3. §. scio in fin. supr. de minor. l. si tantum 12. infr. de senatusc. Maced.* Atqui non potest videri dominus ab initio quicquam fecisse dolo, etiamsi nihil distribuerit ex ea merce quam penes seruum suum esse ignorabat. Omnis enim dolus cùm in conscientia sit, scientiam necessariò requirit. Ergo etiamsi posteà re comperta nolit eam mercem tribuere, actio tamen tributoria contra ipsum eo nomine danda non est, quæ dolum omnimodo requirit. DEC. Parum est dolum ab initio non interuenisse, si quandocunque posteà interueniat: semper enim puniendus est, tùm quoque cùm non alij quàm doloso ipsi noceret *l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* multo magis si ei profuturus sit & aliis nociturus, quemadmodum in specie proposita cōtingeret, vt & in *l. si quis inficiatus 13. infr. deposit.* Ergo quamuis domino non possit imputari quod ab initio iniquam distributionem fecerit, & eo tempore quo mercem aliquam ignorabat ex iis quę penes seruum erant, si tamen re comperta nolit eam mercem tribuere, nunc incipit dolo facere, atque ita tributoria actione se obstringere, vt & in *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* ex hoc autem intelligimus non esse comparatam actionem tributoriam ad hoc, vt dominus cogatur distribuere, cùm si id facere nolit, nō sit cogēdus vt diximus in §. præced. sed ad corrigendā duntaxat iniquam distributionē quam dominus ipse dolo malo fecerit *d. §. introduxit,* vbi quod dicitur actionem hanc sumpsisse nomen à distributione, intellige à distributione facta, non à facienda: non enim competere incipit actio nisi à quo tempore iniqua distributio dolo malo facta est, vt verò primum fiat à domino si velit ac nisi malit arbitrum petere à Prætore aut toto peculio totisve mercibus cedere, denuntiationis serio ac testato factæ remedium sufficere potest. Obligatio enim aliqua necesse est, vt præcedat actionem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Obligatio autem quæ parit tributoriam, est quidem scientia domini coniuncta cum patientia, si causam remotam respicis: sed si proximam, non alia est quàm iniquitas distributionis dolo malo factæ à domino. Itaque quod initio huius §. Vlpianus scribit *si cuius dolo malo,* caue ne de alterius quàm domini dolo intelligas. Nam etiamsi arbiter à Prætore datus vt in §. præcedente iniquam mercium distributionem fecisset, & quidem si voles etiam dolo malo, non ideo danda erat tributoria, sed vel per appellationē ab eo arbitro vel aliter corrigenda erit à Prætore iniquitas distributionis *l. arbitro 9. supr. qui satisd. cogant. l. vlt. supr. famil. ercisc.*

c *Proinde si ex ea merce solui sibi fecit.* RAT. DVB. Non facit dolo qui suum recipit *l. si donaturus 9. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* nec si ab alio recipiat, quàm qui debet *l. repetitio 44. supr. de condict. indeb.* Atqui dominus qui quod sibi à seruo peculiaris mercis negotiatore debetur, solui sibi fecit ex ea merce, ex qua nihil alijs creditorib. distribuit, suum accepit & quidem à vero debitore. Nihil igitur dolo malo fecisse dici potest. DEC. Non potuit facere vt ex ea merce sibi à seruo solueretur, quin sciret eo saltem solutionis tēpore seruū eam mercē habuisse. Ergo cùm sciuerit, nec tamen distribuerit, neq; ab initio, neq; ex postfacto, nō nisi dolo malo eius iniqua distributio facta esse videri potest, nec tā suum recepisse dicēdus est, quàm alienū pro ea parte quā habet supra ratam portionem debiti sui, cùm nemo possit suum absolutè dicere, quod cum alio vel cōmunicare vel diuidere cogendus sit.

3 ¶ Sed etsi mercem perire passus est, aut eam auertit, aut vilioris data opera distraxit, vel si ab emptoribus pretium non exegerit: dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus interuenit.

Ad §. 3. Sed etsi mercem.

RAT. DVB. Edictum Prætoris non proponit actionem tributoriam, nisi contra dominum qui dolo malo fecit iniquam mercis distributionem, vt proximè diximus. Atqui non potest videri iniquè distributum, quod dominus ex merce distribuenda perire passus est, aut auertit, aut data opera vilioris distraxit, quemadmodum si ab emptoribus pretium non exegerit, quia nihil horum distributum est, nec distribui potuit, iniqua autem distributio esse non potest, vbi nulla est cùm non entis nullæ sint qualitates, ergo nec his casibus tributoria teneri dominus potest.

DEC. Quod dolo malo domini factum est, ne in distributionem venire potuerit, hoc ipso facit iniquam aliarum rerū distributionē, & perinde haberi debet, ac si totū id sibi dominus retinuisset quod cū

cæteris

cæteris creditoribus omnibus pro rata portione diuidere debuisset, sicuti imputamus in peculium domini omne id quod eius dolo malo factum est, quominus in peculio esset *leg. summa cum ratione 21. infr. de pecul.* Verum igitur est his omnibus casibus dominum tributoria teneri. Nec possum probare quod hîc additur *si dolus interuenit*, nisi cum interpretibus accipias *si* pro *quia*. Quibus enim verbis potuit Vlpianus exprimere apertiùs cum se casum tractare in quo domini dolus interuenerit, quàm cùm posuit dominũ eas merces quæ in distributionem venire debuerant, minoris & vilioris distraxisse *data opera*. Quid enim hoc aliud est quàm dolo malo & fraudandi consilio? Sed & pati rem perire, mercem auertere, precium mercis venditæ ab emptoribus non exigere. Quid aliud est, obsecro, quàm hæc omnia distributioni subtrahere, vt tantò iniquior fiat? Est enim totus hic §. ampliatiuus eius quod in præcedente dictum fuerat de dolo contra dominum, non tantùm præsumendo, sed etiam probando ex iis quæ fecit ante vel post distributionem. Itaque siquid mei iudicij est verba illa *si dolus interuenit* delenda esse censeo, tanquam quæ in dubio relinquant vtrùm in suprascriptis exemplis dolus domini interuenerit, quem Vlpianus non dubitat interuenisse.

4 ¶ Sed etsi negauerit dominus cuiquam deberi: videndum erit, an tributoriæ locus sit. & est verior Labeonis sententia, tributoriam locum habere. alioquin expediret domino negare.

Ad §. 4. Sed etsi negauerit.

Rat. dvb. Dominus qui deberi cuiquam negat, vt sibi totum retineat, nullam distributionem facit, nec æquam nec iniquam. Ergo nihil facit contra edictum Prætoris, vt teneri debeat Tributoria, quã Prætor non proposuit, nisi vt dolosæ distributionis iniquitas corrigeretur. Dec. Qui negat cuiquam deberi cùm tamen deberi sciat (semper enim scientia supponenda est, ad probandum aut præsumendum dolum) proculdubio facit dolo malo: est enim non modò falsa, sed etiam calumniosa negatio. Calumnia autem nunquam est sine dolo malo *l. 1. supr. de calumniat. & C. eod. tit.* cùm sit plus quàm dolus *l. si calumnitur 233. de verb. signific.* Cùmq; ea negatio non alia mente fiat, quàm vt dominus totum sibi tribuat, quod inter omnes distribui oporteret, an non iniqua si non distributio saltem tributio est? Alioqui dominum inuitabimus ad negandum etiam id, quod ita esse sciat. Quando autem habebit locum tributoria si ad eam excludendam sufficit domino negare cuiquam deberi? Siquidem certum est, per eam negationem fieri, vt distributio impediatur, quæ non potest fieri, nisi inter veros certósque creditores: negatio autẽ quantúlibet calumniosa facit rem dubiam donec probatum sit ita esse, quod negatum est *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet.* An non verò maior fit iniuria creditoribus, quos dominus negat esse creditores, ne cum iis vocetur in tributum, quàm si creditores esse fateretur, & tamen iniqua distributione eos læderet? Perinde igitur vtroque casu locus tributoriæ esse debet, vt dolus domini puniatur, & ad hoc prodesse videtur quod in hoc edicto Prætor non distributionis nomine vsus sit, sed tributionis: nec sanè iniquior distributio vlla esse potest, quàm quæ nulla est, vbi aliqua esse deberet. Essétque multo æquius actionem hanc in earum numero ponere, quæ per inficiationem crescere dicuntur, quàm pati vt dolosa illa domini negatio tributoriam excluderet. Atque ita fortasse & Labeo sensisset, & ex Labeonis authoritate Prætor aliquis constituisset, nisi visum fuisset, parcendum aliquatenus esse domino, qui ex serui sui contractibus conueniretur, nec tam amarè cum eo agendum esse, vt in alia specie Paulus loquitur in *l. si id quod 28. §. 1. de donat. int. vir. & vxor.* & verò quæ per inficiationem crescunt actiones, eæ domino dari solent non contra dominum: sed tamen nec domini dolum in creditorum necem & perniciem impunitum manere oportet. Ergo tributoria saltem actione data puniendus est.

5 ¶ Hæc actio & perpetuò, & in hæredem datur de eo dumtaxat, quod ad eum peruenit.

Ad §. vlt. Hæc actio.

Rat. dvb. Circa honorarias actiones cùm quæritur, an sint perpetuę, id est, quæ etiam post annum dari debeant, & an in heredem dandæ sint in solidum, an de eo tantùm quod ad eum peruenit, duæ extant regulæ iuris honorarij à Paulo propositæ ex Cassio in *l. in honorariis 35. infr. de oblig. & act.* Prima est, actiones illas quæ rei persecutionem continent, id est, quibus persequimur id quod ex patrimonio nobis abest dari etiam post annum, excepta Publiciana, quæ rescissa vsucapione redditur, quia contra ius ciuile datur, itémque in solidum contra heredem. Altera est, eas quæ non continent rei persecutionem neque post annum dari neque in solidum aduersus heredem, sed tantùm de eo quod ad ipsum peruenit sicuti fit, inquit Paulus in actione de dolo malo & in interdicto vnde vi. Atqui vtraque hæc regula offenditur in actione tributoria si verum est, quod Vlpianus scribit in hoc §. actionem hanc & perpetuam esse, & in heredem dari, sed tamen de eo duntaxat, quod ad eum peruenit. Nam si rei persecutoria sit, cur non sicuti perpetua est, ita & in solidum datur contra heredem? Si verò in heredem nõ datur in solidũ, sed de eo tãtũ quod ad ipsum peruenit, quia rei persecutoria non est: cur ergo perpetua est, & post annũ quoq; datur? Extat etiã alia iuris & ciuilis & honorarij regula in *l. si hominẽ 7. §. 1. infr. deposit.* quãuis aliàs ex dolo defuncti nõ soleat heres teneri in solidum, sed de eo tãtùm, quod ad eũ peruenit, si tamen is dolus ex contractu reiq; persecutione descendat, heredẽ quoq; in solidum teneri, vt euenit in actione depositi quæ licèt dolũ exigat nõ minùs quã tributoria, heredẽ tamen depositarij in solidum obligat, quia dolus ille qui per actionem depositi vindicatur ex contractu réique persecutione descendit, atqui hæc quoque regula violatur in actione tributoria, si prætextu doli quem in ea interuenire necesse est, non detur in heredem domini in solidum illud, ad quod defunctus tenebatur, sed in id tantùm quod ad heredem ipsum peruenerit.

Dec. Repetẽda hîc necessariò est distinctio illa actionum, quam attulimus ad *l. in condictione 9. supr. de cõdict. furt.* actionũ omniũ & ciuiliũ & prætoriarũ quasdam esse merè, ac sui natura rei persecutorias

ex vtraq; parte tã actoris qàm rei, aliàs è contrario protsus pœnales nõ minùs ex parte actoris, quã ex parte rei, aliàs rei quidem persecutorias ex parte actoris siue sui natura, siue arbitrio iudicis, sed ex parte rei pœnales: quia ad puniendum eius factum aliquod conceptæ sunt, & pœnæ nomine: ideòque mixtæ quodam modo dici possunt, non quia mixtæ sint, ex rei persecutione & pœna, sed quia rei persecutio quam continent ex parte actoris præstatur à reo pœnæ nomine. Alias denique quas magis propriè ac verè mixtas possimus dicere, quæ & rei persecutoriæ sunt & pœnales ex parte quoque actoris, quòd per eas actor, & id quod sibi ex patrimonio abest & pœnam simul persequatur, quamuis ex parte rei magis sint pœnales, quàm rei persecutoriæ: quæ sunt primi generis, cùm sint omnino & ex vtraq; parte ne sui natura rei persecutoriæ: eæ non tantùm perpetuò dantur, & post annum, etiamsi sint honorariæ (ciuiles enim omnes indistinctè perpetuæ sunt quamuis prorsus pœnales *l. furtim 7. §. pen. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. cæsar. tit. de perpet. & tempor. act.*) sed etiam in solidum aduersus heredem, non modò si sint ex contractu aut ex aliqua conuentione quam Prætor tueatur, vt actio de constituta pecunia & hypothecaria, aut ad exemplum ciuilis actionis comparatæ, vt Publiciana, sed etiamsi ex delicto, vt condictio, furtiua & aliæ quarũ exẽpla attulimus ad *d. l. 9. de cõdict. furt.* nõ tamen enim vnde actio sit, hac parte inspiciendum est, quàm ad quid detur. Quæ verò sunt secundi generis, eæ si sint ciuiles, perpetuo quidem dantur, vt actio furti nec manifesti quæ tota est pœnalis ad duplum: non etiam honorariæ, vt actio iniuriarum quæ speciali iure nec heredi datur, excepta actione furti manifesti in quadruplum quam anno finiri absurdum visum est *§. 1. dict. tit. de perpet. & tempor. act.* Sed tamen nunquam dantur in heredem, quia cum crimine pœna finitur morte delinquentis, si excipias crimina læsæ maiestatis peculatus & repetundarum *l. ex iudiciorum 20. de accusat.* Sunt enim hę actiones semper ex delicto cùm ex contractu merè pœnalis actio nulla esse possit, quod absurdissimè à quibusdam tentatum est: dantur tamen etiam in heredem, de eo, quod ad ipsum peruenit, vt turpe lucrum & quod scelere quęsitum est, ei extorqueatur, vt cernere est in actione in factum, quę datur ex edicto de calumniatoribus in quadruplum, ita vt simplum in eo nõ contineatur *l. in heredem 5. iunct. l. 3. §. vlt. l. si quis ab alio 7. in princip. & §. 1. supr. de calumniat.* Nec aliud esset in ipsa quoque furti actione, si non in eam rem singulari iure comparata esset condictio furtiua quę in solidum competit aduersus heredem, ac proinde supra etiam quàm ad eum peruenerit *d. l. 9. de condict. furt.* sicuti ex eo constat, quod nec actio vi bonorum raptorum, quæ & prætoria & verè mixta est, datur tamen in heredem de eo quod ad ipsum peruenit, contrà quàm in omnibus mixtis actionibus & ciuilibus & prætoriis receptum sit, hac ipsa ratione, quia putauit Prætor sufficere condictionem *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* At quæ sunt tertij generis actiones, id est, quæ rei persecutionem solam ex parte actoris continent, siue sui natura siue arbitrio iudicis, non etiam pœnam vllam, & tamen pœnales sunt ex parte rei quòd ipsam rem quam actor persequitur præstare cogatur reus pœnæ nomine actione in factum & dolum eius concepta: eæ verò perpetuæ quidem sunt, vt etiam post annum dentur, sed tamen non dantur in heredem in solidum, sed eatenus tãtùm quatenus ad eum peruenit. Huius generis actiones ciuiles nullæ sunt, sed honorariæ permultæ, de quibus ferè omnibus scripsimus in postrema parte Chiliadis nostræ de *error. pragmat.* Et quidem si de iis quærimus, quæ arbitrio tantùm iudicis rei persecutionẽ continẽt, peti exẽpla possunt ex actione illa in factũ, quæ datur ex edicto Prætoris de *alien. iudic. mut. caus. fact. l. 4. §. vlt. cum trib. leg. seq. supr. ill. tit.* Et ex actione rerũ amotarũ quæ in eo maximè differt à condictione furtiua ex parte actoris *l. si cũ dos 8. §. 1. & l. seq. infr. rer. amot.* Sed in eo magis ex parte rei quod cõcepta est pœnæ nomine, & ad puniendum factum eius personæ quæ res amouit, ex quo fit potissimũ, vt nõ detur in solidum cõtra heredem quomodo furtiua condictio, sed de eo tãtùm quod ad heredem peruenit *l. vlt. C. eod.* Si verò de aliis quæ sui natura sunt merè rei persecutoriæ ex parte actoris, & tamen pœnales sunt ex parte rei, quas permultas esse diximus, & de quibus in *l. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fals. tutor. author. l. in venditionem 8. §. vlt. cum legib. seqq. de reb. author. iudic. possid.* Sunt illę quidẽ duorũ generum, aliæ enim ex delicto nascũtur, vt eæ de quibus in proximè dictis legibus, aliæ verò ex contractu vt tributoria. Sed tamen in eo similes sunt & eiusdẽ iuris quod cùm sint pœnales ex parte rei, nunquam in eius heredẽ dãtur insolidũ, sed de eo tantùm quod peruenit, vt de Tributoria scriptum est apertissimè in hoc loco. Itẽ in eo quod sunt perpetuę, & post annum quoq; dantur in quo maximè differunt ab illis, quæ nõ nisi arbitrio iudicis rei persecutionẽ continent *dict. l. vel post annũ 6. & seq. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* quamuis diuersum sit in actione rerũ amotarũ *l. si mulier 21. §. pen. infr. rer. amot.* quia in locũ cõdictionis furtiuę, nõ minùs quã actionis furti à Prætore introducta est, singulari quodã iure *l. 1. eod.* ita tamẽ vt neq; cõdictioni furtiuæ neq; actioni furti per omnia similis sit, nõ actioni furti, quia pœnalis illa est ex parte quoque actoris, hæc verò ex ea parte rei persecutionem cõtinet. Nõ cõdictioni furtiuæ quoniã illa nullo modo pœnalis est, ne quidẽ ex parte rei sicut nec famosa; rerũ verò amotarũ actio pœnalis est ex parte rei, nõ quia mixta sit ex rei persecutione & pœna, sed quia pœnæ nomine cõcepta est ad puniẽdũ factũ doluq́; amouẽtis. Quæ verò actiones mixtæ sunt ex rei persecutione & pœna, quas diximus magis propriè mixtas appellari, & quæ tam ciuiles quã honorariæ quàm plures sunt *§. ex maleficiis & seq. Instit. de action.* Omnes eæ scilicet, quæ certã pœnã habent siue dupli siue tripli siue quadrupli, sed in qua simplũ cõtinetur, eas constat, siquidẽ ciuiles sint, vt actio legis Aquilię perpetuas esse, sed tamen nõ dari in heredẽ, nisi de eo quod peruenit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Si verò honorariæ sint, nec dari eas post annum, nec aduersus heredem in plus quã peruenerit *d. l. 2. §. vlt. vi bonor. rapt. l. 1. in princip. l. de eo 18. infr. depos.* Mixtis itaq; omnibus actionibus vtro modo ex iis, quos diximus, mixtę dicantur, cõmune illud est, vt si nihil ad heredẽ peruenerit (aliquando enim accidit, vt nec peruenerit, nec peruenire potuerit, vt in actionibus serui corrupti & si mensor falsum modum dixerit) deneganda omnino sit in heredẽ actio, quia pœnalis est *l. hac actio 13. supr. de seru. corrupt. l. 3. §. hãc actionẽ supr. si mens. fals. mod. dixer.* quæ tamẽ dãda esset proculdubio, si quid fortè ad heredẽ ex delicto dolóve defuncti peruenisset, quoniã eatenus nõ pœnalis, sed rei persecutoria dici deberet: nec certius aut verius his omnibus iudici-

cio meo dici quicquam potest. Iam ergo ad Tributoriam nostram veniamus. Est illa, vt iam attigimus, ex actionibus tertiæ classis: est enim rei persecutoria ex parte actoris, & quidem sui natura non arbitrio iudicis (non est siquidē arbitraria) & tamen est pœnalis ex parte rei, non quia pœnam vllam cùm re ipsa persequatur: esset enim eo casu mixta etiam ex parte actoris, quod falsum est, sed quia licèt sit ex contractu, vt exercitoria institoria, & de peculio, in eo tamen differt ab iis omnibus, quòd sicuti non datur nisi interueniente dolo, qui in aliis actionibus supradictis nullus exigitur, adeò vt non priùs competere incipiat, quā dolus admissus sit *l.prox.& l.vlt. infr.hoc tit.* ita nec comparata est, nisi ad puniendum dolum illum quem dominus in iniqua mercis distributione admiserit. Concepta igitur est pœnæ nomine, & consequenter pœnalis est, quamuis & ex contractu sit, & ex parte actoris merè rei persecutoria, vt *d.l.huius 9.§.1.quod fals.tut.author.d.l.in venditionem 8.§.vlt.& l.seq. de reb.author. iudic.possid.* Sumunt enim actiones omnes, & sumere debent denominationem qualitatum suarum à reo potiùs quàm ab actore, quia reus est, qui condemnatur, nec datur actori actio, nisi vt effectum illum habeat extorquendæ contra reum condemnationis. Proinde mirum non est perpetuam eam esse, cùm rei persecutionem sui natura, non arbitrio iudicis contineat. Idem enim contingit in cęteris omnibus actionibus etiam honorariis, quæ persecutionem rei continent sui natura, licèt pœnales omnino sint, dummodò ex parte rei duntaxat *d.l.hac actio 13.supr.de seru.corrupt.d. l.3.§.hanc actionem & l.4.supr.si mens.fals.mod.dixer.l.1. §.pen.infr.de tutel.& ration.distr.l.1.§.hac actio si ventr. nom.mulier.in poss.missa ead.poss.dol.mal.ad alium transl. ess.dicat.* Si persecutionem rei contineret arbitrio tantùm iudicis, non daretur post annum *d.l.vel post annum 6.& seq.de alien.iudic.mut.caus.fact.* quoniam quæ arbitrio tantùm iudicis persecutionem continent, eæ non sunt rei persecutoriæ antequàm arbitrio locus esse possit, cui porrò non potest esse locus priusquàm iudex datus sit: ergo non nisi post impetratam actionem, quæ proinde interim cùm sit ex delicto necdum rei persecutoria, non nisi annalis esse potest, vt non insubtiliter à nobis disputatum est *libr.4.Coniectur.cap.1.* quamuis eo tempore non satis benè omnia, quæ ad hunc tractatum pertinent, assecuti essemus, & quæ postea meliùs explicauimus in postrema parte Chiliadis *de error.pragm.* Eò quoque fortassis referenda est ratio eius, quod scriptum est in *l.1.§.vlt.ne vis fiat ei qui in poss.miss.est.* actionem quæ ex edicto illo competit, quamuis sit rei persecutoria ex parte actoris *d.l.1.§.hac verba*, tamen excepta missione in possessionem legatorum nomine, non esse perpetuam, nec magis post annum quàm in heredem dari *cùm sit pœnalis.* Non enim esset bona ratio, si sui natura rei persecutionem contineret. Sed continere illam videtur arbitrio tantùm iudicis, vt & illa de qua in *d.l.4.§.vlt.de alien.iudic.mut.caus.fact.* quia nec vlla ratio est condemnandi eius qui creditori misso in possessionem vim fecerat, si paratus sit arbitratu iudicis, liberam pacatamque possessionem ei restituere, vt cui & eius quod reuera interest actoris, condemnationem & æstimationem cùm ita futurum sit, vt nihil intersit actoris *d.§.hac verba.* Quid enim aliud agit Prætor, nisi, vt metu illius actionis possessionem habearis, qui in possessionem missus fuit? *d.l.1.§.1.* In quo differt actio illa ab ea de qua in *d.l.1.si ventr.nom.muliere in poss.miss.* quæ licèt sit pœnalis quoque ex parte rei, quia comparata est coercendæ mulieris gratia & ad dolum eius puniendum *d.l.1.§.1.* non tamen est arbitraria, cùm Prætor cogat eum, qui dolo malo venit in possessionem, de ea decedere *§.necessariò ead.leg.* vt proinde arbitrium iudicis de ea re nullum esse possit. Tributoria autem huiusmodi est, quia nec arbitraria dici potest, cùm non aliud fieri à domino possit, ne condemnatio sequatur, quàm si faciat illud ipsum quod in condemnationem deducendum est, contrà quàm in arbitrariis seruetur *§.praetereà Instit.de act.* Et tamen pœnalis est, & rei persecutionem continet. Ergo sui natura, & consequenter perpetua esse debet, nec anno cōcludi: cùm verò sit etiam pœnalis, iam intelligimus, cur non detur in solidum aduersus heredem, sed tantùm de eo quod ad ipsum peruenerit: nimirum quia nec alia pœnalis vlla siue mera, siue mixta, siue ciuilis, siue honoraria datur vnquam in heredem, nisi de eo quod peruenit, quamuis sint rei persecutoriæ ex parte actoris, nec bona consecutio est, actio hæc non datur in heredem in solidum, ergo non est perpetua: sicuti nec illa actio hæc perpetua est, ergo datur in heredem defuncti etiam in solidum: Illa sanè bona est, non est actio perpetua, ergo non datur in solidum contra heredem, quia multò faciliùs est, vt sit perpetua, quàm vt in solidum contra heredem detur. Vt sit perpetua sufficit esse rei persecutoriam ex parte actoris, nec nocet, quòd sit pœnalis ex parte rei, adeoque nec quòd actio sit ex delicto, nisi cùm arbitrio tantùm iudicis, non etiam sui natura rei persecutionem continet, vt diximus. At vt detur in solidum contra heredem, requiritur omnino vt non sit pœnalis ex parte rei saltem: hoc enim sufficit, licèt ex parte actoris rei persecutoria sit non pœnalis. Itaque quod scriptum est in *d.l.in honorariis de obligat.& act.* Actiones rei persecutorias & post annum dari, & in heredem de iis accipi debet omnino, quæ rei persecutoriæ sunt ex vtraque parte non minùs rei quàm actoris, non de iis quæ ex actoris tantùm parte rei persecutionem continent, siue sui natura, siue arbitrio iudicis: nec proinde de iis quæ aut ex delicto nascuntur, aut ex contractu quidem, sed tamen ex causa doli, & ad eum vindicandum, siquidem hæ omnes conceptæ sunt in dolum & pœnæ nomine, ac proinde sunt pœnales, semper ex parte rei, vt constat ex exemplis actionum, quas Paulus in *d.l.in honorariis* opponit actionibus rei persecutoriis, scilicet doli mali & eius quæ competit ex interdicto vnde vi. Nam & actio de dolo rei persecutionem continet arbitrio iudicis *l.arbitrio 18.supr.de dolo.* & actio in factum ex interdicto vnde vi æquè rei persecutionem continet *l.3.§.hac actio infr.vnde vi*, vbi ex eo infert Vlpianus perpetuò eam competere, nec anno finiri. Et tamen certum est, non dari eas in heredem nisi de eo quod peruenit *l.in heredem 26.supr. de dolo l.1.§.vlt.vnde vi & de vi armat.* Nempe quia sunt pœnales ex parte rei, & dantur ad dolum vindicandum sine quo nec vis esse potest *l.2.§.doli mali vi bonor.rapt.* Adieci suprà *& ad dolum vindicandum*, quia non omnes actiones quibus locum facit dolus, & quæ non aliter dantur quàm si dolus intercesserit, sunt etiam pœnales ex parte rei, nec quod doli mentio in iis fiat, efficit, vt possint dici conceptæ pœnæ nomine, si modò non dentur ad dolum vindicandum, sed tantummodo iure condicionis cuiusdam *sine qua non*, vt loquuntur philosophi. Et de iis demùm intelligendus est Vlpianus in *d.l.si hominem 7. §.1.deposit.* vbi tractat de actione depositi, quæ licè

non aliter locum habeat, quàm si depositarius aliquid in re deposita dolo malo fecisse probetur, non tamen contra depositarium ad dolum eius puniendum, sed ad rem depositam ex contractu reposcendam. Itaque dolus ille ex contractu reique persecutione descendit, non rei persecutio est ex dolo, quia actio depositi ex natura contractus competit ad rem persequendam, priùs etiam quàm dolus vllus sit admissus, licèt non priùs ex ea conueniri depositarius possit, quàm dolum admiserit: quo casu etiam condictione furtiua se obligat. Sed cum hac differentia inter actionem depositi & condictionem quod depositarius accipiendo depositum statim se obligat actione depositi, quæ re contrahitur, sed non condictione furtiua nisi denegata demùm dolo malo rei depositæ restitutione *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. deposit.* Vnde est quod si depositarius petenti domino rem depositam statim restituat, sicuti se liberat ab ea depositi actione, quam depositum accipiendo contraxerat, ita & ab actione depositi: quamuis ea conueniri nunquam potuerit, quia potuisset, si depositi restitutioné dolo malo recusasset. Ex quibus intelligimus, quàm verum sit, & iuri consentaneum, quod scribitur in hoc §. hanc actionem tributoriam & perpetuò dari contra dominum & post annum quoque, sed non dari in solidum contra heredem domini, at de eo duntaxat quod ad ipsum peruenit, vt si ex iniqua domini distributione minùs ad heredem peruenerit, quàm ad defunctum peruenerat, heres non de eo quod ad defunctum, sed quod ad se peruenerit, teneatur. Verùm ex *l. seq.* & iis quæ ibi dicenda sunt, hoc apertiùs intelligetur.

8. IVLIANVS libro II. Digestorum.

QVia non de dolo est, sed rei persecutionem continet, quare etiam mortuo seruo [a] dominus, item hæres eius, perpetuò teneri debebit propter factum defuncti, quamuis non aliter, quàm dolo interueniente competat.

Ad l. Quia non de dolo est 8.

In hac lege ratio redditur eius, quod scriptum est in priore sententia §. *vlt. legis præcedentis*, actionem tributoriam perpetuò dari, hoc est etiam post annum, non item eius quod in posteriore, dari eam in heredem de eo duntaxat, quod peruenit, non autem in solidum: nam vt ex iis apparet, quæ proximè scripsimus, ratio quæ faciebat, vt hæc actio non in solidum dari debeat contra heredem, sed quatenus duntaxat ad eum peruenit, nempe quòd ex dolo & delicto descendere videretur, aut saltem daretur ad dolum vindicandum, ea suadere videbatur, vt nec esset perpetua, sed anno finiretur, & è cótrario quæ ratio faciebat eam perpetuam, nempe quod esset rei persecutoria, postulare videbatur, vt in heredem quoque in solidum dari deberet: sed non putauit Iulianus magna confirmatione indigere posteriorem illam sententiam, cùm nihil apertius sit, quàm quod suprà diximus, Tributoriam non solùm exigere dolum, nec aliter quàm interueniente dolo competere, quod & de actione depositi æquè dici posset *l. si hominem* 7. §. 1. *infr. deposit.* sed etiam dari ad dolum ipsum vindicandum, ideoque tanquam conceptam pœnæ nomine pœnalem esse ex parte rei: Quomodo autem pœnalis esse posset, & dari in solidum contra heredem? Illud Iuliano difficilius visum est, & aliqua ratione comprobandum, quod placet hanc actionem esse perpetuam. Nam cùm non aliter competat quàm si dolus interuenerit, & concepta sit pœnæ nomine ad puniendum factum domini, dolumque eius vindicandum, qui in iniqua distributione interuenit, an non videtur esse de dolo actio? Atqui de dolo actio perpetua non est, sed annalis, siue quòd non contineat rei persecutionem, nisi arbitrio iudicis *l. arbitrio* 18. *supr. de dolo*, cui porrò arbitrio non potest esse locus ante impetratam actionem, siue quòd ex parte rei sit pœnalis: est enim bona hæc quoque ratio, cùm ex parte actoris actio sui natura non continet meram rei persecutionem: sed rectè Iulianus negat Tributoriam esse actionem de dolo, aut actioni de dolo similem, cùm sui natura rei persecutionem contineat non arbitrio iudicis, & quamuis dolum exigat tanquam conditionem sine qua non, vt actio depositi, & hoc amplius quàm sit in actione depositi detur ad dolum vindicandum attamen non ex dolo aut ex delicto descendit, si primam actionis causam & originem requirimus, sed ex contractu filijfamilias, vel serui qui sciente patre aut domino negotiatus est, nec à circumscriptione, sed à gesto negotio originem accepit, quomodo in actione non valde dissimili, & æquè rei persecutoria ex parte actoris & quidem sui natura, pœnali tamen & pœnæ nomine concepta ad vindicandum dolum ex parte rei ratiocinatur Paulus in *l. 4. iunct. l. 3. §. hanc actionem supr. si mens. fals. mod. dixer.* Quia tamen non aliter datur tributoria, neque competit quàm dolo interueniente in iniqua mercis distributione, nec proinde priùs competit, quàm iniqua distributio facta sit, vt scriptum est in *l. vlt. infr.* fatendum est non ita nasci tributoriam ex contractu serui sciente domino initi, quomodo nascitur actio depositi ex contractu depositi, neque obligari dominum tributoria hoc solo, quod eo sciente seruus contraxerit, sed tunc tantùm cùm in tributum vocatus cum creditoribus iniquam distributionem dolo malo fecerit, ita vt si vel æquam distributionem fecerit, vel iniquam quidem, sed sine dolo malo, vel dolo quidem interueniente, sed de qua tamen nemo conqueri velit, nullo ex his tribus casibus tributoria competat, ne quidem post distributionem, tantum abest, vt ex solo contractu competat, antequàm distributio facta sit, quod tamen scribere nonnulli ausi sunt tam imperitè, quàm alij descendere illam ex dolo non ex contractu, contrà quàm scriptum sit in hac lege & in *l. 1. §. licet autè sup. de exercit. act.* §. *introduxit Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Alioqui non esset certè perpetua, si à dolo & circumscriptione non à gesto negotio contractuque originem acciperet, si bona est Pauli ratiocinatio in *d. l. 4. supr. si mens. fals. mod. dixer.*

a *Quare etiam mortuo seruo.* Illatio hæc est, non solùm ex eo quod dictum fuit in principio legis, hanc actionem non esse de dolo (quid enim commune haberet mors serui cum dolo domini?) sed etiam ex eo quod proximius scriptum est, cótineri ea rei persecutionem: nam cùm rei persecutionem contineat, non finitur morte serui, qui contraxit, quique ex con-

ex contractu primus debitor fuit, quamuis eius morte sicut peculium, ita & merx peculiaris esse desinat. Propter quod videbatur, quemadmodum morte serui peculiũ extinguitur, & cum peculio ipso actio de peculio ipso iure, nisi edictum & beneficium Prętoris facere t illam ex perpetua annalem *l.1. in princip. & §. merito autem infr. quand. de pecul. act. est annal.* Ita & tributoriam actionem quæ pro materia habet mercem peculiarem finiri morte serui, aut saltem ex perpetua fieri annalem, vt dominus post annum conueniri ex ea non possit, non magis quàm actione de peculio, aut de dolo. Sed Iulianus cõtra scribit etiam mortuo seruo dominum ea perpetuò teneri debere, id est, post annum quoque, quia non tantùm ex contractu & peculio serui mortui conuenitur, sed etiam ex facto & dolo suo, qui morte serui extinctus dici non potest: Imò quod magis est, ipso quoque domino mortuo, heres eius teneri debet eadem actione tributoria æquè perpetua etiã post annum, propter factum defuncti qui dolosa & iniqua distributione edictum Prætoris cui satisfacere debuerat, contemnere maluit *l. vlt. infr.* Id enim est quod Iulianus significat iis verbis *propter factum defuncti.* cùm tamen si de dolo esset actio, non posset dari contra heredem nisi de eo, quod ad ipsum peruenisset *d. l. in heredem 26. supr. de dolo.* Nec ad rem pertinet, quòd hæc actio non aliter quàm dolo interueniente competat: non enim bona est consecutio, si quis ex eo inferat esse igitur hanc actionem doli, vt loquitur *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* id est, de dolo alioqui eadem ratione inferres & actionem depositi, & eam quæ datur de precario *l. 2. §. 1. de precar.* esse similiter actiones de dolo, quia nec nisi interueniente dolo competunt *l. quæsitum 8. §. cum quoque eod. d. l. si hominem 7. §. 1. infr. depos. l. contractus 23. de regul. iur.* Quod tamen stultum esset dicere, quamuis hoc simile habeat actio de precario cum actione de dolo, quod non dantur in heredem, nisi de eo quod ad ipsum peruenerit, sicuti nec tributoria *dict. l. quæsitum §. vltim.* quod quam rationem habeat in precario, docuimus in Chiliade. At depositi actio datur in solidum contra heredem *dict. l. si hominem §. 1.* Planè omnis actio, quæ in heredem datur de eo quod ad ipsum peruenit, perpetua est, tum quoque cùm actio fuit annalis, vt in interdictis etiam annuis *l. 4. infr. de interd.*

9. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVod in herede dicimus, idem erit & in cæteris successoribus.

Ad l. Quod in herede 9.

RAT. DVB. Alij successores etiam vniuersales non sunt, nec dici possunt heredes, puta bonorum possessores à Prætore constituti, quia Prætor heredem facere non potuit *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* sicuti nec dominum nec legem. Itemque is cui restituta est ex SC. Trebelliano hereditas, quia licèt Senatusconsultum potuerit facere heredem, vt constat ex Tertylliano & Orficiano & ex *d. §. quos autem.* Cùm tamen is qui hereditatem ex Trebelliano restituit, non desinat esse heres *§. restituta Instit. de fideic. hered.* non potuit Senatus facere, vt vni duo in solidum heredes essent *l. quod contra 141. §. vni duo de regul. iur.* Nec denique is cui libertatum seruandarum causa bona addicuntur ex Diui Marci constitutione, de quã in *l. 2. 3. 4. & pass. infr. de fideic. hered.* & apud Iustin. *tit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* quia bonorum addictio, hereditatis aditio & acquisitio non est. Ergo non eadem horum successorum, quæ heredum ratio constitui potest, vt teneri debeant de eo, quod ad ipsos peruenit, quemadmodum tenentur heredes, quos non alia ratione teneri placuit, quàm quia lucra turpia heredibus extorquenda sunt *l. in heredem 5. de calumniat.* quippe cùm repræsentent personam defuncti, eademque cum ipso persona esse existimẽtur, vt ait *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst.* quod de aliis qui non sunt heredes, non similiter dici potest: illa enim iuris fictio per legem duodecim tabularum introducta est, quæ de solis heredibus locuta fuit, non de cæteris successoribus *l. vlt. C. de hered. act. l. 1. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* DEC. Hi omnes, de quibus diximus, licèt heredes non sint, heredum tamen loco in omnibus habentur *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. possess. l. 1. & 2. & pass. ad SC. Trebell.* neque minùs absurdum & iniquum esset ditari eos ex scelere defuncti quàm illos, qui verè sunt heredes. Proinde vbi iuris & æquitatis ratio eadem est, idem quoque ius constitui debet *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt. l. à Titio 10. in fine principij de verb. oblig.* Nam quod alij sunt heredes, alij verò non nisi heredum loco diuersitatem inducit non diuersitatis rationem.

1 ¶ Eligere quis debet qua actione experiatur: vtrùm de peculio, an tributoria, cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum. planè si quis velit [a] ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio audiendus erit.

Ad §. 1. Eligere.

RAT. DVB. Aliud est agere, aliud exigere, ac proinde aliud actionem eligere, aliud verò suum consequi, nec quòd actor elegerit actionem aliquam, præsertim minùs competentem, statim bona consecutio est, vt ei satisfactum sit. Ergo quamuis summo iure defendi possit per electionem actionis liberatum esse reum, æquitas tamẽ suadere videtur, vt non tam intentione actoris quã perceptione liberari debeat, sicuti de eo dicimus, qui cùm posset ex pluribus debitoribus eligere quẽ vellet, minùs idoneum elegit *l. si ex duobus 32. infr. de pecul. l. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiec.* Sufficit enim vt caueamus ne is qui vna actione proposita aliam proponere vult, idem bis consequatur, præsertim ab eodem contra regulam *l. bona fides 56. de regul. iur.* quod nec si aduersus alias personas facere vellet, permittendum ei esset *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Proinde si peculiaris mercis creditor cui competit aduersus dominum duplex actio, & tributoria & de peculio aliam elegerit, nec suum consequi potuerit, non est prohibendus aliam

proponere per quam meliùs ad commodum suum perueniat. Quid enim nocet ei qui cōuenitur, quòd pluribus actionibus conueniatur quandiu debitor est, necdum soluit? DEC. Qui ex pluribus actionibus sibi competentibus vnam eligit, aliam quam non eligit, repudiare intelligitur, in consequentiam necessariam. Repudiantibus autem & remittentibus actiones suas dandus non est ad eas regressus *l. quaeritur* 14. §. *si venditor infr. de aedilit. edict.* Eligere igitur benè actor debet, qua actione velit agere, aut malè electę actionis periculum, & damnum vltrò subire. Eligendo enim actionem dūmodo cōpetentem (nam inter eam quae competit, & illam quae non competit, non cadit electio) vtramque consumit & illam quam exercet, quia cōpetit, & illam quam nō exercet, quia eam repudiauit, vt pluribus docuimus ad *l. sed si pupillus* 11. §. *pen.* & *l. habebat quis* 13. *supr. tit. prox.* Iunge *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2. Hoc ita si non sit adeò incertum quaenam potiùs actio competat, vt permittendum sit actori vtramque dictare, dummodò protestetur ex altera tantùm velle se suū consequi, ex *l.* 1. §. *quia autem infr.* Quod legat nisi is locus Triboniani potius est, vt alibi monuimus, aut si non ipsius aduersarij dolo deceptus sit is, qui minùs vtilē actionem elegit, vt in *l.* 4. §. *vlt. inf. tit. prox.* Alia ratio est electionis, quae fit vnius ex pluribus debitoribus eiusdem creditoris, & alia quaestio an vnius electione alij liberentur, de qua dicemus ad *d. l. si ex duobus* 32. *infr. de pecul.*

a *Planè si quis velit.* RAT. DVB. Actio quae semel proposita fuit ex vna causa ex qua competere poterat, & ita consumpta est, non potest iterū proponi ex alia, quāuis ex duplici causa competierit *d. l. habebat quis* 13. *supr. tit. prox.* Ergo qui semel elegit ex vna causa, non potest praetextu diuersae causae iterum agere. DEC. Multùm interest an diuersae sint causae vnius eiusdemq; actionis, an diuersarum actionum. Actio competens ex variis causis si ex vna eligatur & exerceatur, ex vtraque consumitur *d. l. habebat*, sed si plures actiones ex pluribus causis competant, non nocet quod ex vna causa actum sit vna actione, quominùs alia actione ex alia causa agi possit: tunc igitur tantùm nocet electio, cùm electa est alterutra duarum actionum ex eadem causa competentium.

2 ¶ Si seruo in testamento manumisso peculium legatum sit, non debere heredem tributoria teneri, quasi neque ad eum peruenerit, neque dolo fecerit, Labeo ait. sed Pomponius libro sexagensimo scripsit heredem, nisi curauerit caueri sibi à seruo, vel deduxi à peculio, quod tribuēdum erat, teneri tributoria. quae sententia nō est sine ratione. ipse enim auctor doli est, qui id egit ne intribueret. totiens enim in heredem damus de eo quod ad eum peruenit, quotiens ex dolo defuncti conuenitur, non quotiens ex suo.

Ad §. vlt. Si seruo.

RAT. DVB. Pro sententia Labeonis, non tenetur heres domini actione tributoria, nisi de eo duntaxat quod ad eum peruenit *l. illud quoque* 7. §. *vlt.* & *l. prox. supr.* Atqui cùm seruo qui testamento manumissus sit peculiū legatum est, neq; ad eum quicquam peruenit ex merce peculiari, in qua distributio iniqua facta est à domino, si ponas tributoria actione cum domino actum fuisse, nec dolo eius factum est, quominùs perueniret, cùm volūtati testatoris satisfacere debuerit, & peculium legatum seruo manumisso praestare *tot. tit. de pecul. legat.* Ergo in hac specie nullomodo tributoria conueniri heres potest. DEC. Dolo non caret heres qui sine cautionibus soluit legatum, cuius nomine alterius quàm ipsius heredis gratia legatarium cauere oportuit *l. dolo carere* 41. *infr. ad leg. Falcid.* Atqui in proposita specie, nō aliter pręstari debuit peculium seruo manumisso, quàm si caueret eius pecuniae nomine quae ex hac parte edicti in tributum venire debuit, aut eam ipsam quantitatem ex peculio deduci passus esset, siue iam dolus domini in iniqua distributione admissus tributoriae actioni locū iam fecisset, vt in ratione dubitandi posuimus, siue in tributum vocatus duntaxat fuisset dominus, necdum distributionem fecisset. Ergo teneri hoc casu heres debet actione tributoria, & quidem ex proprio capite, ac proinde in solidū cùm sit ipse author doli, vt Vlp. ait, ex quibus verbis malo ponere, dominum decessisse antequam dolo malo quid faceret, vt intelligamus dolum coepisse ab herede ipso, quo casu non tam inspiciendum est, an quid ad heredem peruenerit, aut dolo eius malo factum est, ne perueniret, sed tantùm an aliquid dolo malo eius factum sit, ne intribueretur, quomodo hîc euenit. Nō enim expectandum est, vt legatarius peculij conueniatur tributoria, aut etiam in tributum vocetur, cùm neq; sit dominus, neque domini heres, neq; creditor pecularis. Hi enim tantùm sunt qui in tributum vocari possunt. Fecit autem heres ne in tributū vocari posset praestādo peculium legatario, sine vlla deductione, vllaque cautione, cùm ex peculiari merce nihil possit tribuere, qui ex ea nihil habet, & actio Tributoria sequatur mercem peculiarem, quomodo actio de peculio sequitur peculium. Hactenus scilicet non vt in tributum vocari aut tributoria cōueniri possit, quisquis habet peculiarē mercem *l. prox. inf.* (alioqui etiam legatarius in proposita specie cōueniri posset) sed negatiuè, vt non possit in tributum vocari is, qui nihil ex merce peculiari habet, etiamsi vel dominus sit vel domini heres, quamuis aliter peculiaris merx, aliter peculium dicatur, peculium scilicet de ducto omni eo quod domino debetur. Merx verò peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, vt vidimus in *l.* 1. §. *peculiarem supr.* consequens igitur est, vt in proposito casu heres in solidū teneri debeat, quāuis nihil ad eū peruenerit, quia quod in praecedētibus dictū est, heredē domini non teneri, nisi de eo ꝙ peruēnit, toties verum est quoties heres ex dolo defuncti non ex suo proprio conuenitur, vt & in *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *inf. depos.*

10. PAVLVS libro trigensimo ad Edictum.

DE peculio actione etiā cum emptore serui agi potest: tributoria non potest.

Ad l. De pe-

Ad l. De peculio 10.

RAT. DVB. Peculiaris merx peculij quoque pars aliqua est *l. prox. infr. & §. caterùm in fin. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* licèt alio sensu dicatur, merx peculiaris, alio autem peculium *l. 1. §. peculiarem sup.* Atqui actio tributoria datur de merce peculiari, sicut de peculio actio datur de reliquo peculio. Ergo sicut actio de peculio datur etiam contra emptorem serui ex eo quoque cōtractu qui emptionem præcesserit, dummodò seruus aliquod peculiū cuiuscunque generis apud emptorem habeat *l. & ancillarum 27. §. si seruus l. si ex duobus 32. §. 1. l. si creditor 37. §. pen. infr. de pecul.* Ita & dicendum est, tributoriam actionem dandam esse contra emptorem serui saltem eo casu quo post iniquam à domino factā distributionem merx peculiaris ad emptorem simul cum seruo transierit. Nam ad hunc certè casum ratio hæc dubitandi omnino restringenda est. Cùm non sicuti ad dandam actionem de peculio contra seruū sufficit, vt emptor qualecunq; peculiū habeat, etiā quod apud emptorem quęsitum sit *d. §. si seruus*, ita & possit sufficere, vt habeat seruus ab emptore peculiarem aliquam mercem ad obligandū emptorē tributoria ex eo contractu quē seruus inierit anteà de peculiari merce venditoris. Tributoria enim non nisi cōtra dominū datur eius mercis peculiaris de qua seruus contraxerit. DEC. Actio de peculio est onus peculij nō huius vel illius, sed cuiuslibet, quod habeat hodie seruus penes emptorem eundemq; nouum dominum, aut quod habuerit, manseritq; penes venditorem *d. §. si seruus d. l. si ex duobus §. vlt. & pen. iunct. l. deposui 38. §. vlt. inf. de pecul.* At actio tributoria non est onus mercis peculiaris, ne quidem illius de qua cōtractum est, sed domini qui dolū in iniqua eius mercis administratione admisit, quia neq; ex peculio nascitur, sed ex eo domini dolo, quem per tributoriam vindicari ęquū est, vt creditoribus satisfaciat is, qui edicto Prætoris satisfacere noluit *l. vlt. infr.* Atqui dolus domini eiusdemque venditoris, dolus emptoris non est. Cùm enim emptor non nisi singularis successor sit, non potest in eū transire dolus venditoris, qui nec transit ad heredem à defuncto tanquam quid merè personalissimum, quamuis in vitiis possessionis aliud sit *l. cùm heres 11. de diuers. tempor. præscript. l. vicia 11. C. de acquir. poss.* Ergo nō sicut actio de peculio datur in emptorem serui ex contractu, apud venditorem quoq; celebrati: ita & tributoria cōtra emptorē serui danda est, ob iniquam distributionem à priore domino factam, quæ sola cum dolo coniuncta tributoriam parere potuit *d. l. vlt. infr.* Et hæc inter actionem de peculio & Tributoriam differentia aliis coniungenda est, de quibus suprà diximus in *d. l. 1. in princip. & §. peculiarem supr. & in l. prox. infr.*

11. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALiquando etiam agentibus expedit potiùs de peculio agere, quàm tributoria. nam in hac actione, de qua loquimur, hoc solum in diuisionem venit, quod in mercibus est, quibus negotiatur, quòd quæ eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculij quantitas spectatur: in quo & merces continentur. & fieri potest, vt dimidia fortè parte peculij, aut tertia, vel etiam minore negotietur. fieri præterea potest, vt patri dominóve nihil debeat.

Ad l. Aliquando 11.

RAT. DVB. Actio tributoria non aliter datur quàm dolo domini interueniente *l. quia 8. in fin. supr.* Datur enim ad vindicandum dolum domini, admissum in iniqua mercis distributione, contra mentem & propositum Prætoris ad fraudandos peculiaris mercis creditores *§. introduxit Instit. quod cum eo qui in alien. potest. l. illud quoque 7. §. si cuius supr.* At actio de peculio non datur ad vindicandum dolum domini, quæ nec scientiam nec patientiam eius requirit, *l. quoties 47. & pass. infr. de pecul.* Atqui multo grauius vindicaretur domini dolus per actionem tributoriam, si in ea totius peculij ratio haberetur ad exemplum actionis de peculio. Ergo in tributoria quoq; totius peculij ratio non solius mercis peculiaris habenda est, ne alioqui dolus ex parte saltem impunitus remanere videatur. DEC. Tributoria actio neque nomen neque effectū aliunde habet, quàm ex mercis peculiaris tributione & distributione quam Prætor æquā fieri à domino inter eum & creditores voluit *d. §. introduxit & l. prox. infr.* Ergo nihil in tributoriā venire iure potest, nisi quod ex merce peculiari, & quod inde receptum est: reliquū enim peculium sicuti nihil cōmune habet cum merce peculiari, ita neque diuidendum est inter dominum & creditores mercis peculiaris, ob contractum de peculiari merce habitum, quia neque totū peculium intuiti sunt, sed solam mercem peculiarē creditores illi qui cum seruo mercem peculiarem habente contraxerunt. In quo differunt ab iis qui cum seruo peculium habente simpliciter contrahunt. Hi enim totum peculium serui vbicunque & vndecunque sit, tanquam proprium ipsius patrimonium intuentur: vnde fit, vt in actione de peculio totius peculij ratio habenda sit *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarum 27. §. vlt. l. si ex duobus 32. in princip. inf. de pecul.* Proinde verū est, quod Caius hîc scribit, & post eum Iustinianus in *§. caterùm Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* vbi fusiùs hoc explicat, aliquando accidere, vt creditori mercis peculiaris expediat agere de peculio potiùs, quàm tributoria: cùm fieri possit, vt negotiatio mercis peculiaris minimā partem peculij comprehendat: itemq; vt difficile sit creditori probare seruū sciente domino negotiatum esse in merce peculiari. Quæ tamen probatio in tributoria actione omnino necessaria est, in actione de peculio non est. Itaque si in actione de peculio non fieret deductio eius, quod domino debetur singulari priuilegio domini, nemo dubitat, quin fer. per esset multo commodius creditori agere de peculio quàm tributoria. Illud notandum est omni casu competere actionem de peculio ex contractu filiifamilias vel serui, & ideo omnes, qui possunt agere tributoria sicut & institoria & exercitoria, posse etiam agere de peculio si malint, sed non contra, posse supradictis actionibus experiri omnes, qui agere de peculio possunt.

12. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

ALius duntaxat de peculio, alius tributoria serui nomine cum domino agit. quæsitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti præstaturus sit? respondit. Tributoria actione tunc demum agi potest, cùm dominus, in distribuendo precio mercis, edicto prætoris non satisfecit: id est, cum maiorem partem debiti sui deduxit, quàm creditoribus tribuit: veluti si cùm in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit: & creditoribus reliqua quindecim dederit: cùm deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. cùm igitur hoc fecit, nec intelligendus est seruum à se liberasse: eo quòd quinque adhuc, nomine eius, tributoria actione præstaturus sit. quare si agi de peculio cœperit, cùm fortè extra mercem peculium esset: quinque, tanquam adhuc creditor serui, deducere debebit.

Ad l. vlt. Alius.

RAT. DVB. Cùm dominus iniqua precij mercis distributione maiorem partem sibi tribuit, quàm creditoribus, quamuis neque Prætoris edicto, neque creditoribus satisfecerit, sibi tamen soluit, & satisfecit, atque ita seruum suum cuius erat creditor à se liberauit, cùm solutione tollatur omnis obligatio. Vtputa si in merce peculiari triginta tantùm fuerunt, & dominus in causam mercis quindecim crediderat: duo autem creditores extranei singuli alia quindecim: dominus verò in distribuendo mercis precio integra quindecim sibi debita detraxerit: aliis verò creditoribus reliqua tantùm quindecim dederit. Ita enim sibi totũ soluit, nec proinde quicquam est, quod eamplius debeatur. Ergo si ab alio creditore idem dominus ex eiusdem serui persona conueniatur de peculio, nihil erit, quod possit deducere cùm nihil ei debeatur. Quamuis enim per iniquam illam distributionem quàm ponendum est, dolo mâlõ factam fuisse triburoria actione se obstrinxerit, quia dena tantùm detrahere debuerat: aliis verò duobus creditoribus, æquè dena singulis soluere. Id tamen eius dolo imputandum est, cuius vindicandi gratia conueniri eum tributoria æquum est, sed non debet ea res nocere alij creditori agenti de peculio, vt deductionem vllam ab hoc domino qui totum sibi soluit pati compellatur. DEC. In actione de peculio semper deducendum est, id, quod domino debetur *l. 1. supr. l. 5. §. vlt. l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. infr. de pecul.* Arqui in proposita specie licèt dominus, cui quindecim debebantur, quindecim sibi soluerit, per iniquam precij mercium distributionem: verum tamen est, adhuc quinque ei deberi, cùm ex quindecim quæ deduxerat, cogatur actione tributoria creditoribus aliis quinque reddere, tanquam malè & cõtra edictum mentemque Prætoris deducta & retenta. Non enim potest videri solutum, quod per tributoriam reddendum est, quodque ideò non durat solutum *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. de solut.* Nam quod euincitur in bonis non est, vt habet iuris regula 190. Nec quod dominus dolo fecerit dolusque eius vindicandus sit, facere debet, vt ei solutum totum videri possit. Sua enim huic dolo pœna à Prætore constituta est, vt per tributoriam actionem vindicetur, non per actionem de peculio. Quemadmodum & in aliis iuris partibus euenit, vt in eo ipso puniri demùm quis debeat in quo deliquit non in alio *l. rescriptũ 6. inf. de his quæ vt indign. l. Falcidiæ 24. in princip. ad leg. Falcid.* Hîc autẽ dominus qui in iniqua distributione dolum admisit, iis solis creditoribus fecit iniuriam, qui ex causa peculiaris mercis crediderant, non etiam cæteris qui ex alia causa creditores fuerunt. Quoniam verò iure conuentus dominus actione de peculio deductionis priuilegio vti prohiberetur ob dolum in distributione admissum, cùm etiamsi ab illis ipsis quos in merce peculiari fraudare voluit conueniretur, nihilominùs æquè aduersus eos deduceret id omne, quod sibi deberetur *l. 3. in princip.* vbi diximus *supr.*

QVOD

QVOD CVM EO QVI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIVM GESTVM esse dicetur.

TIT. V.

1. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

OMNIA proconsul agit, vt, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiam si deficiant superiores actiones, (id est exercitoria, institoria, tributoriáve) nihilominùs tamen, in quantum ex bono & æquo res patitur, suum consequatur. siue enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudiciū pollicetur. siue non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introduxit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit: siue neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

Ad l. 1.

HÆc lex totúsq; ipse titulus generalis est, ad omnes eos qui sequuntur in *li. 15. Pandectar. de peculio, de in rē vers. & quod iussu*. ratio enim omniū generalis, quæ mouit Prætorem vt actiones illas omnes proponeret, non alia fuit, quàm quæ in principio legis huius ponitur, quòd omnia Procōsul agat in prouincia, vt Prętor in vrbe [scripsit enim Caius ad Edictū prouinciale, nō ad vrbanū, quod vtrumq; tamen vnum & idem est] vt quisquis contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi tres actiones de quibus suprà dictum est, deficerent, exercitoria, institoria, & tributoria: nihilominus tamen in quantum ex bono & æquo res patitur suū consequatur: ex quo intelligimus actiones istas omnes, quæ ex contractu filijfamilias, vel serui contra patrem vel dominū dantur esse ex bono & æquo, magis quàm ex mera iuris ratione, cū per eos quos in potestate habemus, melior quidē condicio nostra fieri possit, sed deterior non possit *l. melior 133. de regul. iur. l. filiusfamilias 21. de regul. iur.* Fit autem deterior quoties ex ipsorum cōtractibus aut inuiti, aut etiam ignorantes obligamur *l. qui in aliena 6. infr. de acquir. hered.* Præter id quod in cæteris quoque omnibus non modò durum, sed etiam iniquum est, vt alteri per alterum iniqua condicio inferatur *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* aut ex vnius facto alius obligetur. Sed tamen æquissimū est ijs omnibus succurri, qui cum filiofamilias vel seruo contraxerunt, quandoquidem si cum seruo nullam ipsi contra eum habituri sunt actionem *l. cum seruo 107. de regul. iur. l. serui. 14. de oblig. & act. l. seruus 6. Cod. de iudic.* si verò cum filiofamilias habent quidem eum in solidum obligatum & cum ipso agere possunt *l. si quis cum filiofamilias 44. de regul. iur.* sed sine effectu quandiu pater viuit, cùm eo tempore vix sit, vt bona vlla filiusfamilias habeat, ex quibus satis facere creditori possit, si ius vetus inspicias quod Pandectarum temporibus obtinebat *l. lex Cornelia 28. ad fin. de vulg. & pupill. substit.* post mortem verò patris non possunt plenum actionis suæ effectum habere, cùm eo tempore non teneatur filiusfamilias in solidum, nisi sit heres patris, sed in quantum duntaxat facere potest *l. si ex alio 9. C. hoc tit.* iuxta formam edicti de quo in *l. prox. seq. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* quod plerumque aut nihil aut parum est: ob eam verò rationem fieret, vt extra eas causas ex quibus Prætor exercitoriam, institoriam, & tributoriam introduxit, nemo cum seruo contracturus esset, pauci etiam cum filiofamilias, nisi Prætor supradictas actiones, quod iussu de in rem verso & de peculio ex contractibus filiorumfamilias, aut seruorum aduersus patrem & dominum proposuisset. Quod maximo certè ipsorum damno cessisset, cùm præcipua patriæ & dominicę potestatis vtilitas consistat in eo quod per filiosfamilias & seruos patribus & dominis etiam ignorantibus acquiritur ex omnibus penè causis *d. l. qui in aliena 6. l. placet 79. eod. tit. de acquir. hered. l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* Proinde non habent quod de iuris Prætorij asperitate ac iniquitate hac in re conquerantur, cùm recusare non debeant, vt ex quorum contractibus lucrum & commodum captant, eorum factum præstent *l. 1. supr. tit. prox. l. ex qua persona 149. de regul. iur.* Non quidem in solidum & absolutè quod iniquum esset extra casus exercitoriæ & institoriæ actionis, sed quatenus bonum & æquū patitur, vt hæc lex habet: aliter autem æquitas obligari eos vult actione quod iussu cùm pater iussit, aut dominus cum filiofamilias vel seruo contrahi, aliter verò cùm in rē patris vel domini negotium versum est, actione de in rem verso, aliter deniq; actione de peculio cùm neque iussus vllus pręcessit, neque in rem patris vel domini versum quicquam fuit. His enim tribus casibus tota quæstio de eo quod cum eo qui in aliena potestate sit, negotiū gestum esse dicetur, extra exercitoriam, institoriā & tributoriam actionem, totáq; hæc tractatio cōcluditur, actio quod iussu datur semper in solidum, actio de in rem verso aliquando in solidum, aliquādo non in solidū. In solidum quidem si tota pecunia in rē patris vel domini versa sit, nō in solidum si pro parte tātū: de peculio verò quatenus in peculio est,

Fieri verò potest vt in peculio tantum sit quantum ad dimittendos creditores sufficiat. Fieri etiam potest vt non sit. Sed de singulis dicẽdum postea erit suo ordine ac sub suis titulis *ad lib. seq.*

2. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

AIt prætor: *In eum qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate, cùm moritur, fuerit, eius rei nomine, quæ cum eo contracta erit, cùm is in potestate esset, siue sua voluntate, siue iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, siue in peculium ipsius, siue in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit: actionem, causa cognita, dabo in quod facere potest.*

Ad l. Ait Prætor 2.

Proponuntur in hac lege verba Edicti, non quo Prætor actiones de peculio proposuit, & de in rem verso, Et quod iussu, sed quo pollicetur actionem in filiumfam. qui cùm esset in patris potestate, contraxit, siue iussu patris, siue non iussu & sua sola voluntate, & siue in peculium ipsius filijfam. siue in patrimoniũ eius cuius in potestate fuit, quod creditũ est, redactum sit, actionẽ, inquam, non in solidum, sed in quantũ facere potest, siue emãcipatus fuerit à patre filius, siue exheredatus, siue eius hereditate se abstinuerit.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui cum aliquo contrahit, sicuti patrem obligat de peculio, ita seipsum multò magis in solidum *l. si quis cum filiofam. 44. infr. de pecul.* Ergo nec emancipatio, nec exheredatio, nec abstentio hereditatis facere potest, quominus in solidum obligatus remaneat, nisi à creditoribus ipsis condicio deferatur ad eum exonerandũ, vt in *l. cum hereditate 55. de acquir. hered.* Quamuis enim possit tentari filiumfamilias, cùm est emancipatus, alium quodammdo hominem videri propter imaginarias illas venditiones & mancipationes, quę in emancipatione olim interueniebãt, propter quod fuit necessaria restitutio in integrũ ex capite edicti de capite minutis, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ill. tit. de capit. minut. iunct. l. seruus 27. de adim. legat.* Non ad hoc tamen respexisse Prætorem ex eo apparet, quod eandem causam constituit filij emancipati, & exheredati, itémque abstenti: quibus tamen idem color imaginariæ seruitutis prodesse nõ potest. Item ex eo quod in hac ipsa lege subijcitur, idem iuris esse in eo quoque, qui citra emancipationem sui iuris factus est: cur ergo exoneramus filium, vt ex obligato in solidum conueniatur, duntaxat in quantum facere potest? præsertim cùm filiusfamilias ex omnibus causis præterquam ex mutuo nõ solùm obligari possit in solidum, sed & in solidum quoque conueniri *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* DEC. Cùm filiusfamilias quoquomodo contrahit siue iussu patris, siue propria sua voluntate, tum quoque cùm vtiliter contrahit, quod contingit siue in ipsius filiifamilias peculium, siue in patrimonium patris redacta sit ea res, de qua contractum est, nunquam facit se locupletiorem, sed patrem, cui acquirit omnia iure patriæ potestatis, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in filijfamilias persona consistat *l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit, l. placet 79. de acquir. hered.* Proinde dignus est cui succurratur ne supra quam facere potest conueniri in solidum possit. Quomodo & aliæ pleræque sunt personæ quæ nonnisi in id quod facere possunt, conueniuntur, licèt aliis atque aliis rationibus, *l. sunt qui 16. cum seqq. infr. de re iudic.* Nec est quod conquerantur creditores, aliquam in eo sibi iniuriam fieri, cùm pro eo incommodo habeãt commodum actionis de peculio, quam eis dat Prætor contra patrem, quamuis cum eo non contraxerint. Neque tamen dat eam actionem Prætor in filiũ emancipatum vel exheredatum, vel abstentum, nisi causa cognita, vt habent verba edicti, non quasi cognitio causæ facere possit, vt aliquo casu detur in solidum actio nisi cùm filius patri heres extitit, *l. si ex alio 9. C. hoc tit.* & quidem non ex minima portione, vt sequitur in hac lege & in *l. sed si ex parte 4. infr.* sed vt è contrario facere debeat, aliquando ne filius vllo modo conueniatur, id est, ne in id quidem quod facere potest, vt in *d. l. 4. vers. Sed & hic iudex.* nisi mentitus sit se patrẽfamilias, aut tale quid aliud dolo malo fecerit, vt in *d. l. 4. §. 1. & l. 6. inf.* Quanquam fatendum est inserta fuisse edicto verba illa *causa cognita*, quoniam plerique casus sunt, in quibus filium etiam in solidum teneri æquũ est, vt in *l. si filiusfamilias 5. §. 1. infr.* Itémque cùm post multos annos filius conuenitur, id est, eo tempore quo patrimonium aliquod iam sibi quærere potuit. Nam & in hoc quoque causæ cognitio vertitur *d. l. 4. §. pen. inf.*

1 ¶ Sed & si citra emãcipationem sui iuris factus sit, vel in adoptionẽ datus [a], deinde pater naturalis decesserit: itẽ si quis ex minima parte sit institutus [b] ęquissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest.

Ad §. 1. Sed & si citra.

RAT. DVB. Edictum Prætoris non est locutum, nisi de filio emancipato, cùm tamen non ignoraret Prætor aliis etiam modis citra emancipationem posse filiumfamilias fieri sui iuris. Ergo non est protrahendum ad alios casus, in quibus filius factus sit sui iuris aliter, quàm per emancipationem. Verbis enim edicti inseruiendum est, vt ait Vlpianus in *l. 1. § licèt autem supr. de exercit. act.*

DEC. Eadem ratio iuris & æquitatis locum habet, siue per emancipationem, siue quo alio modo filiusfamilias sui iuris efficiatur, nec refert quid ex æquipollentibus fiat *l. mulier 22. vers. Brasidas infr. ad SC. Trebell.* Ergo & ad alios casus similes edictum hoc porrigendũ est *l. 1. § alienatio infr. quand. de pecul. act. annal. est*, vbi latiùs dicemus.

a *Vel in adoptionem datus.* Videtur Vlpian. hîc scripsisse *vel* pro *veluti.* Est enim hoc exemplũ patriæ potestatis finitę, aliter quàm per emancipationẽ, scilicet per adoptionẽ dato filio in adoptionẽ à patre naturali: deinde mortuo patre adoptiuo, quod cũ euenit, nõ recidit filius in potestatẽ patris naturalis, sed remanet sui iuris eo quoq; viuo: quanquã si verum amamus parũ distat hic casus à superiore, quia nec nisi per tres mancipationes & duas manumissiones fiebãt olim adoptiones, sicuti nec emancipationes *l. vlt. C. de adop.* Placet verò ingeniosa emẽdatio viri doctissimi Iac. Cuiac. in illis verbis, *deinde pater naturalis decesserit*, vbi pro *naturalis* reponit *adoptiuus.* Nam mors patris naturalis post datum in adoptionem filium nihil addere

addere potest aut minuere. Quanquam sufficere meo iudicio posset deleri dictionem illam *naturalis*, quasi ineptitiam ex glossa imperitioris alicuius interpretis. Patrem enim simpliciter cùm dicunt Iureconsulti tractantes de filio in adoptionem dato adoptiuum non naturalem intelligunt, quia pater naturalis per emancipationē quam in qualibet adoptione interuenire necesse est, vt dixim⁹, extraneus factus esse intelligitur, *l. quinetiā 55. in fi. infr. de rit. nupt.*

b *Item si quis ex minima parte sit institutus.* RAT. DVB. Filius etiā ex minima hereditatis parte heres institutus, heres tamē est, ideóque obstat patrono ne cōtra tabulas liberti bonorū possessionem petere possit *l. etsi ex modica 6. infr. de bon. libert.* Ergo nec beneficio edicti huius frui debet, à quo excluditur filius qui patri heres extitit, *l. si ex alio 9. C. hoc ti.* Cur enim succurretur filio prætextu patriæ potestatis, cùm ipse patri siue in solidū, siue pro parte heres extiterit? DEC. Æquitas quæ hoc Prætoris edictum induxit, facere debet, vt in filio qui conuenitur nō tā mera iuris ciuilis ratio spectāda sit, quàm effectus rei *l. si filiusfamilias 5. §. 1. inf. hoc tit.* alioqui nec filio qui heres institutus & abstentus est, succurri oporteret, cùm non sit sine herede, qui suū heredem habet, quāuis se abstinentē *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. l. necessariis, 57. de acquir. hered.* Atqui si effectum inspicias ferè est, vt ex nulla parte institutus videatur filius, qui nō nisi ex minima & modica institutus est, quantum scilicet ad hoc edictū pertinet. Ratio enim propter quam nō putauit Prætor succurrēdū filio heredi patris nō alia fuit, quā quia ex cōmodo quod ei adfert paterna hereditas possit habere vnde creditorib. suis satisfaciat; Quæ ratio euidēter cessat in filio qui à patre quidē institut⁹ est, sed in tā modica portione vt exiguū ex ea portione lucrū & cōmodū sperare possit: heredē. n. esse, nomē iuris & honoris sēper est, at nō sēper emolumēti, cùm possit etiā dānosa esse hereditas, *l. si hereditatē 32. infr. mandat.* Nec pro vili aliqua re debent homines attritiones maximas sustinere, vt notat hîc Accursius ex *Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid. cap. pen. §. oportet verò.* Aliud iuris est in bonorum possessione cōtra tabulas liberti, quę excluditur, quantulacunq; sit pars hereditatis, ex qua filius institutus fuit *d. l. etsi ex modica*, nempe quia ad patronū excludendū nihil aliud exigimus, nisi vt filius nō sit exheredatus *l. si ex patronis 10. §. 1. & ll. seqq. & pass. eod. tit.* Tam autē verū est exheredatū non esse eū, qui vel ex minima parte institutus est, quā si ex toto asse institutus esset. Contrà verò euenit aliquādo vt Prætor pro herede illum habeat, qui omissa causa testamēti ab intestato possidet aliquā rē hereditariā, quamuis in vna re corporali quāticunque precij sit, nulla pars hereditatis nè quidē minima, quia iuris est, possit cōsistere, perinde ac si hereditatē ipsam totā aut partē aliquā possideret *l. etsi non totā 13. cum trib. seqq. inf. si quis omiss. caus. testam.* nempe quia vel minima res hereditaria ab intestato possessa per eū qui causam testamenti omisit, dolū eius & calliditatem arguit, in cuius pœnam edictum illud cōparatum est *l. 1. eod. tit.* In omnibus igitur edictis ratio edicti, & mens Prætoris inspicienda est. Causæ tamē cognitio in hoc maximè casu necessaria est, an scil. eius æstimationis sit hereditas patris, vt filius ex ea portiūcula ex qua institutus fuit tātùm commodi possit cōsequi, quātum necesse est, ad dimittendos creditores quos cùm in patris potestate esset, contraxerat. Hoc enim casu non magis æquum est, succurri filio, quàm si ex maiore hereditatis parte institutus proponeretur. Effectus namque rei inspiciēdus est, vt dixi, non quota pars hereditatis. Idque est quod Vlpianus hîc scribit æquissimum esse causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest, iunge *l. 4. in princip. inf.*

3. IDEM libro 3. Disputationum.

SEd an hîc detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. & siquidem sint creditores, qui, cùm essent alienę potestatis cū eo contraxerunt: rectè dicetur, occupantis meliorē esse condicionē: nisi si quis priuilegiarius veniat. huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur, quod si qui sint, qui, posteaquàm sui iuris factus est, cum eo contraxerunt: puto horum rationem habendam.

Ad l. Sed an hîc detrahi 3.

RAT. DVB. Ex omnibus illis qui nō conueniuntur, nisi in quātum facere possunt, solus donator ille est, cui humanitatis gratia indulgetur, vt detrahi æs alienū oporteat, priusquàm ponatur ratio eius quod facere potest *l. inter eos 19. §. 1. inf. de re iudic.* ne scilicet ex liberalitate sua periclitetur, *l. & exheredatum 49. & l. seq. eod. tit.* Ergo in filio emancipato vel exheredato vel abstento aliud probandum est, vt nullum in eius fauorem detrahendū sit æs alienū, contrà quàm hîc ab Vlp. responderi videatur, cùm ait detrahi debere quod aliis debetur, siue cum eo cōtraxerint cùm esset (sic enim legendum est, non *essent*) alienæ potestatis, siue posteaquàm sui iuris effectus est, licèt cum aliqua distinctione, vt mox dicemus. Atque ita concludit Paulus in *d. l. & exheredatum*, vbi hāc ipsam speciem & quæstionē tractat, adfertq; rationē diuersitatis perelegantem, quod pinguius succurrēdum sit donatori, quàm ei qui debitum persoluere compellitur. DEC. Non hîc Vlpiani sensus est, vt detrahi æs alienū debeat in ponendo calculo eius quod facere filius potest, fauore scilicet filij vt in quantitatem tanto minorem condemnetur. Sed ille potiùs, vt ex patrimonio eius qui conuenitur detrahi debeat quod aliis creditorib. debetur siue antè, siue posteaquā sui iuris factus est, cōtraxerint, vt nimirū eorum quoq; omniū ratio habeatur, nec minùs ipsis quàm huic qui agit satisfieri oporteat: cur hac tamen distinctione, vt quod ad eos pertinet, qui contraxerūt cū esset alienę potestatis, melior sit cōdicio occupātis, sicut in actione de peculio *l. nō enim 6. supr. ti. prox. l. si verò 10. inf. de peculio.* nisi fortè si quis priuilegiarius veniat, vt Vlp. hîc addit: quisquis enim priuilegium habet inter creditores, hoc ipso creditur occupasse *l. ex facto 52. vbi dicemus eod. tit.* Quod autem ad eos pertinet, qui posteaquā ille sui iuris factus est, cū eo cōtraxerūt, horū ratio omnimodo habeatur. i. quod iis debetur, detrahatur cæteris, qui antè contraxerāt, quamuis nō detrahatur posterioribus quod debetur prioribus. Non ratione illa quam adfert Accursius, quòd priores per capitis diminutionē filijfam. ius suū amiserint, ex *l. vlt. supr. de capit. minut.* quasi qui in vno releuantur, in alio grauentur *arg. l. eū qui 30. supr. de iureiur.* (nullā enim capitis diminutionē patitur filiusfam. exheredatus, aut qui se patris hereditate absti-

nuit, sed is tātùm qui emācipatur) sed quia potest eis imputari, cur cū eo cōtraxerint, qui nulla bona in ciuitate habebat, nec habere poterat, quandiu filiusf. maneret: nisi eo demùm casu quo pater sibi per filiū acquiri nollet *l.lex Corn.28.ad fi.de vulg.& pupill.substit.* quod similiter aliis imputari non potest, qui cum eo postquàm sui iuris factus est, adhuc fortassis inope contraxerunt. Quamuis enim posteriores contraxerint, priores tamen intuiti sunt patrimonium sui debitoris, quod intueri non poterant priores cum eo contrahentes, cuius non aliud erat aut esse poterat patrimonium, quàm peculium quod habebat à patre *l.hinc quæritur 19.§.1.l.& ancillarū 27.§.vlt. l.si ex duob.32.in fi.principij inf.de pecul.* & quod peculiū erat quidē filij, sed magis tamen patris *l.3.§.sed vtrū leg.patri 27.in princ.supr.de minor.* Indéq; nimirum est quod filiusfam. etiamsi propria sua voluntate cum aliquo contraxerit, perinde tamen auxilium habet à Prætore, vt nō teneatur suprà quàm facere potest, quàm si iussu patris contraxisset *l.prox.supr.*

4. IDEM libro 29. ad Edictum.

SEd si ex parte non modica sit heres scriptus filius: in arbitrio est creditoris, vtrùm pro portione hereditaria, an in solidum eum conueniat. Sed & hic iudex æstimare debeat, ne fortè in id, quod facere potest, debeat conueniri.

Ad l.Sed si ex parte 4.

RAT.DVB. & DECID. eadem est ad initium huius legis quæ ad §. *vlt.l.2.supr.* Etsi enim loquitur ibi Vlpianus de filiofamilias herede ex minima parte instituto: hîc autē de filio herede scripto ex parte non modica, idem tamen vtriusq; loci sensus est filiumfamilias ex minima parte institutum non teneri in solidū, sed duntaxat in quantum facere potest: Institutum verò ex parte non modica teneri ex propria persona in solidum, ex causa verò hereditaria, & tanquam heredem pro parte hereditaria. Nec enim obligationes hereditariæ transire possunt contra heredes, nisi pro hereditariis portionibus *l. vlt.& tot.tit.Cod.de heredit.action.* Sed vtroque tamen casu causæ cognitio adhibenda est. Nam sicut fieri potest, vt filius etiam ex minima paternæ hereditatis parte institutus, in solidum tamen teneri debeat, si fortè tam locuples sit hereditas paterna, vt portiuncula illa hereditaria dimittendo in solidum creditori possit sufficere: ita è contrario facilè potest accidere, vt pars hereditaria illa ex qua filius institutus est, quamuis non sit modica, minoris tamen æstimationis sit, quàm vt ex ea satisfieri creditori in solidum possit: effectus enim rei magis inspiciēdus est, quàm quota & titulus hereditatis *l.prox.§.1.infrà* dixi *ad d.l.2.§.vlt.supr.* Isque mihi sensus esse videtur huius versiculi, *sed & hic iudex æstimare debet, ne fortè in id quod facere potest, debeat condemnari*, nimirum si conueniatur, non pro parte hereditaria, quæ prima & mala Accursij interpretatio est, sed in solidum ex propria persona & ex suo contractu. Nam quoties pro parte hereditaria cōuenitur, nulla causæ cognitio nec distinctio adhibetur, quin omnimodo filius pro ea parte hereditaria condemnari debeat, siue pluris siue minoris sit illa, quàm sit ea quantitas quæ debetur. Tanti enim portionem hereditariam æstimasse filiusfamilias intelligitur, & quisquis alius eam agnouit, & sicuti soluendo est hereditas, quæ inuenit heredem *l. libertus 36.in princip.infr.de bon.libert.* Ita & pars quælibet hæreditaria agnita soluendo esse intelligitur pro rata debiti hereditarij quæ eam partem contingit, vt quælibet pars hereditaria iure hereditatis censeatur *§.1.Instit. de leg.Falcid.*

1 ¶ Interdum autem, & si exheredatus filius, vel emancipatus sit, in solidum actio aduersus eum dabitur: vtputa si patremfamilias se mentitus est, cùm contraheretur cum eo. nam libro secundo digestorum Marcellus scripsit, etiam si facere non possit, conueniendum propter mendacium.

Ad §.1.Interdum autem.

RAT. DVB. Verba edicti indistinctè ac generaliter ita concepta sunt, vt in filium exheredatum vel emancipatum de eo quod contraxit, cùm in patris potestate esset, actio dari nō debeat nisi in quātum facere potest *l.2.supr.* Ergo non est adhibenda distinctio, an filius cùm contraheret mentitus sit se patremfamilias esse néc ne, quia vbi Prætor non distinxit, nec nos distinguere debemus *vulg.l.de precio 8.supr.de public.in rem act.l.1.§.generaliter infr.de legat. præst.* DEC. Numquam debet mendacium esse impunitum sicut nec dolus qui semper mendacium concomitatur *l.procurator 11.§.1.infr.de doli mal.except.* Filius enim familias qui se mētitur esse patremfamilias, decipit creditorem, qui se putat cum patrefamilias contrahere non æquè cum filiofamilias contracturus. Ideóq; nec iuuandus est exceptione Macedoniani, vt Accursius noster concludit *ad l. tamen si non opposita 11.infr.tit.prox.* scilicet in pœnam doli & mendacij, vt hîc & *l.eum qui 6.infr.* nam nec pupilli dolo parcimus quoties ille doli capax est *l. heredibus 13.§.1.& l.seq.supr.de dolo l.4.§.de dolo infr.de dol.mal.except.* Neque verò in hac tantùm iuris parte punitur mendacium, sed in aliis plerisque, vt ex iis legibus constat, quas in hanc rèm Accursius noster congerit, quibus adde *auth.item possessor.C.qui potior. in pignor.hab.*

2 ¶ Quamquam autem ex contractu in id, quod facere potest, actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum conuenitur.

Ad §.2.Quamquam autem.

RAT. DVB. Etiam is qui delinquit, quodammodo contrahere videtur cum legibus & cum Republ. vt eam pœnam quasi volens & vltro subeat, quam leges tali delicto imposuerunt *argum. l. 1. & 2. supr. de legib.* ita vt non desint, qui putent delinquentes omnes obligari ex quasi contractu: ergo cùm Prætor in hoc edicto locutus est de eo

quod

quod cum filiofamilias contractum erit, vt ex ea causa filiusfamilias, non nisi in quantum facere potest, teneatur, etiam ad causam delicti porrigēdum est, vt neque ex delicto detur in filiumfamilias actio suprà quàm facere potest. DEC. Alia contrahendi causa est, alia delinquendi *l. 1. §. sed si cum quolibet.* vbi diximus *sup. de exercit. act.* Et toto genere differunt obligationes, quæ ex contractu vel quasi, & quæ ex delicto aut quasi nascuntur *l. 1. infr. de oblig. & action.* Cùmq; delictum numquam fiat sine dolo, dolus autem filijfamilias beneficio huius edicti indignum eum faciat, vt proximè diximus *ex l. eum qui 6. infr. sicut.* & in socio constitutū est *l. sed hoc ita 22. infr. de re iudic.* consequens omnino est, vt filiusfamilias qui deliquit, hoc edicto adiuuari non debeat: sicuti nec inuocare legis auxilium ille vmquam potest, qui aduersus legē committit *l. auxiliū 37. in fin. supr. de minor.* Ergo ex causa delicti filiusfamilias sui iuris effectus in solidum conueniendus erit siue emancipatus proponatur, siue exheredatus, siue paterna hereditate abstentus.

3 ¶ Soli autem filio succurritur, non etiā heredi eius. nā & Papinianus libro nono quæstionum scribit, in heredem filij in solidum dandam actionem.

Ad §. 3. Soli autem filio.

RAT. DVB. Eadem causa esse solet & debet heredis & alterius cuiuslibet vniuersalis successoris, quæ fuit defuncti, cùm heres non solùm defuncti personam repræsentet, sed etiam eadem cum defuncto persona esse existimetur *Nouel. 48. de iureiur. à morient. præst. in princip. l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap. l. hereditas 34. de acquir. rer. dom.* Ergo quo casu filiusfamilias effectus sui iuris non tenetur, nisi in quantum facere potest ex eo contractu, quē iniit cùm esset alienæ potestatis, eo casu nec heres eius in solidum teneri debet. DEC. Iuris beneficia & priuilegia quædā sunt personalia, quæ non transeunt in heredem, sed finiuntur cū ea persona, quę meruit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor. l. maritum 12. & seq. solut. matr.* eiusmodi verò est priuilegium quod à Prætore datur filiofamilias, ne de eo quod contraxit, cū in aliena potestate esset, suprà quàm facere potest, teneatur: dignus enim visus est filiusfamilias, cui succurreretur si quando conueniretur ex ijs contractibus quos in aliena potestate constitutus celebrasset, cùm eo tempore nulla bona haberet, tantóq; facilior fuisse credendus esset ad se obligandum. Quæ ratio cessat euidenter in herede, qui adeundo hereditatem filijfamilias effecti suæ potestatis quantumlibet inopis, eam locupletem fecisse, & cū creditoribus quasi contraxisse intelligitur *l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Soluendo enim est hereditas, quæcumque inuenit heredem *l. libertus 36. de bon. libert. l. quæ dotis 33. solut. matrim.* Sibi itaque debet heres imputare, cur debitoris egeni hereditatem adierit, quam sciebat non nisi ea lege adiri posse, vt ipse in solidū obligaretur. *l. si duo 38. infr. de acquir. hered.* neque verò quicquam in hoc fit contra iuris communis regulas: nec enim minus obligatur filiusfamilias ipso iure in solidum ex contractibus quos iniijt in patris potestate, constitutus, quàm heres ipsius *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* quia priuilegium filijfamilias hac parte non in eo est, vt filiusfamilias non obligetur in solidum, sed vt quamuis obligatus sit in solidū, attamen in eum actio non detur nisi in quantum facere potest, vt & in *l. necessarijs 57. de acquir. hered. l. sunt qui 16. & seqq. l. sciendū 25. de re iudic. l. in condemnatione 173. de regul. iur.* Quamquam nec nouum est, vt plenior actio detur contra heredem, quàm competierit contra defunctum *l. si per imprudentiam 51. §. non mirum infr. de euict.*

4 ¶ Sed an & temporis haberi debeat ratio : vt si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest: sin verò post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi videtur rationem habendam esse. In hoc enim causæ cognitio vertitur.

Ad § 4. Sed an & temporis.

RAT. DVB. Sicuti tempus non est legitimus modus inducendæ aut tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. & act.* ita neque augendæ vel minuendæ. Quæ enim augetur obligatio quodammodo inducitur *l. centum Capua 8. supr. de eo quod cert. loc.* & è contrario quæ minuitur, eatenus tollitur & perimitur. Ergo parū refert, an incontinenti cum filio patrefamilias facto agatur de eo, quod cùm alienæ potestatis esset, contraxerit: an verò post multos annos, nec forma edicti perpetui ex eo immutari debet, vt vno casu minus quā alio indulgeri debeat filio, ne in solidū cōueniatur & cōdēnetur. Atq; ita noster putat Accursius, existimās, locū hunc intelligēdum de filio, qui cōueniatur post multos annos ex die contractus, intra quos annos aliquādo facere potuerit in solidum; posteà verò dolo malo desierit facere posse: secundùm quam interpretationem debuerat Vlpian. scribere causę cognitionem in eo verti, an dolo malo aliquid factum sit à filio nécne, vt si dolus malus interuenerit, teneatur filius in solidum ex *l. eum qui infr.* Si verò nihil ab eo factum sit, dolo malo teneatur, dumtaxat in id quod facere potest.

DEC. Ratio, propter quam Prætor hoc edictum in fauorem filijfamilias proposuit, non alia est, vt in superioribus diximus, quàm quia dignus sit filiusfamilias, cui succurratur cum ex eo contractu conuenitur, quem iniit eo temporē quo in aliena erat potestate, nihilque habebat, vnde solueret. Atqui potest fieri, vt ratio hæc cesset in filio, quamuis emancipato, aut exheredato, aut abstento, si fortè post multos annos ab eō die numerandos quo sui iuris factus est, conueniatur, & eo tempore quo iam locupletior & soluendo fieri potuit, & reuera factus est: annō enim absurdū est, perinde ei succurri atq; si incōtinenti post emācipationem, aut post mortem patris conueniretur? Ergo benè Prætor edicto pollicitus est se daturum actionē in filium emancipatum, vel exheredatū, vel abstentum, in id duntaxat quod facere possit, sed *causa cognita*, vt in eo maximè causæ cognitio ver-

teretur, an incontinenti, an post multos annos ex die emancipationis aut mortis paternę numerandos filius conueniretur. Error itaque nostrorum omnium in eo est, quod putant Vlpianum ex sententia Prætoris distinguere, an incontinenti, an post multos annos ex ipso contractus die filius conueniatur: quod certè non ita est. Nec enim solus temporis cursus in hac causæ cognitione vertitur ad iuris varietatem inducendam, sed augmentum patrimonij, quod multis annis intercedentibus facilè superuenire potest: non item si modicum duntaxat tempus intercesserit *l. cura* 4. §. *deficientium infr. de muner. & honor.* Cæterùm multos annos intercessisse nihil proderit, si non auctæ sint medio tempore facultates, quæ tamen nec augeri vllo modo potuerunt, quandiu filius mansit in potestate, nec postea incontinenti, aut breui aliquo temporis spacio, cùm nemo repentè diues fiat, nisi qui vt D. Hieronymus dicebat, aut iniquus sit, aut iniqui heres. Cùm autem totum hoc in causæ cognitione versetur, errant proculdubio qui apud Accursium hoc ipsum, id est, vt explicant quantitatem annorum arbitrio Prætoris aut iudicis relinquunt.

5 ¶ Is, qui de peculio egit, cùm posset quod iussu: in ea causa est, ne possit: quod iussu postea agere. & ita Proculus existimat. Sed si deceptus, de peculio egit,[a] putat Celsus, succurrendum ei, quæ sententia habet rationem.

Ad §. vlt. Is, qui de peculio.

RAT. DVB. Alia est actio de peculio, alia verò quòd iussu. Illa enim non datur nisi aliquid sit in peculio, & quatenus est in peculio, *l. quæsitum* 30. *l. deposui* 38. *in princip. inf. de pecul. l. seruus* 20. *supr. de dolo.* Hæc verò etiamsi nihil sit in peculio adeóque in solidum *l. 1. supr. hoc tit. & tot. tit. infr. quod iuss.* Ergo qui egit actione de peculio, cùm posset agere, quod iussu etiamsi succubuerit, non est prohibendus agere quod iussu, nec repelli potest exceptione rei iudicatæ, cùm alia & noua actio sit, & alia quodammodo res interueniente iussu & mandatu patris *arg. l. si is qui* 25. §. *vlt. infr. de except. rei iudic.*

DEC. Actiones de peculio & quod iussu licèt diuersæ sint, diuersasque præstationes habeant, ex eodem tamen fonte & negotio proficiscuntur, próque eodem debito competunt, & inter easdem personas, adeóque quod magis est, in actione quod iussu, si peculium aliquod sit, etiam actio de peculio continetur, quemadmodum redhibitio in actione quantò minoris, habet tantùm electionem, actor vtra malit agere, quoniam aliquando euenire potest, vt expediat ei agere de peculio potiùs quàm quod iussu, si fortè in peculio non minùs sit quàm in debito, & iussus probatio difficilior sit, aliquando contrà vt expeditius sit ei agere, quod iussu quàm de peculio, si fortè paratæ sint iussus probationes, & nihil aut minùs sit in peculio §. 1. §. *cæterùm & seq. Instit. hoc ti.* Ergo vtra earum actionum creditor egerit, si altera postea velit agere, exceptione rei iudicatæ summouendus est *d. l. si is qui* §. 1. *de except. rei iudic.* Neque verò diuersitas actionis rem diuersam facit, aut diuersam causam, quoties eadem res est, quæ petitur, idem corpus, idem ius, eadem causa petendi, eadémque origo petitionis *l. si mater* 11. §. *eandem l. cùm quæritur* 12. *& seqq. eod. tit.* quæ omnia hîc concurrunt, vt Accursius hîc bene notat ex *l. in duobus* 28. §. *exceptio &* §. *qui iurauit supr. de iureiur.* nisi noua causa aliqua superuenerit post actionem priorem propositam *d. § eandem*, vt putà cùm nouum mandatum interuenit, vt in specie *d. l. si is qui* §. *vlt.* In propositò autem tractamus de iussu qui præcesserit contractum, & quem necesse fuit præcedere, vt actio. Quod iussu locum habere posset *l. 1.* §. 1. *infr. quod iuss.* Porrò de actionum electione, & quando vna electa consumatur altera, diximus ad *l. habebat* 14. *supr. de instit. act. & ad l. quod in herede* 9. §. 1. *supr. tit. prox.*

a *Sed si deceptus de peculio egit.* RAT. DVB. Etiam cùm quis deceptus ab aduersario egit vna actione sibi competente, & aliam omisit, quàm eligere potiùs debuerat, nihilominus verum est vtramque actionem consumptam esse, & eam quæ fuit proposita, quoniam in iudicium deducta est, & eam quæ fuit omissa, quoniam hoc ipso amissa est. Ergo non eo magis ad actionem quod iussu redire actor potest, qui priùs de peculio egit.

DEC. Ideò nimirum succurrendum est actori, vt ex Celso Vlpianus hîc scribit, data scilicet creditori actione de dolo, quæ non nisi alia omni deficiente competit, vt in *l. seruus tuus* 20. *supr. de dolo iunct. l. fideiussor* 19. *eod.* Sic enim locum huncintelligo non quomodo videtur intellexisse Accursius, quasi permittendum sit creditori decepto, vt redeat ad actionem, quod iussu ex *leg.* 2. quam in hoc allegat *infr. quand. act. de pecul. est annal.* Ibi enim non dolo aduersarij deceptus creditor fuerat, sed proprio errore ductus: quæ res actionem de dolo inducere non potest.

5. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI filiusfamilias viuo patre, conuentus, & condemnatus sit: in emancipatum, vel exheredatum postea iudicati actio in id, quod facere potest, danda est.

Ad l Si filiusfamilias 5.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui ex proprio suo contractu viuo patre conuenitur & condemnatur, in solidum & conuenitur & condemnatur, quia in solidum est obligatus *l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr. de pecul. l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss.* Ergo quamuis postea vel emancipatus vel exheredatus sit, in solidum teneri debet, cùm obligationis substantia ex causa temporis immutari non possit,

possit, neque ex postfacto minui, quæ semel in solidum competiit *arg. l.5. infr. ad leg. Falcid.* nec enim emancipatio aut exheredatio modi sunt tollendæ aut minuendæ obligationis, nisi quatenus emancipatio inducit capitis diminutionem, atque ita efficit, vt alia debitoris persona esse videatur, quàm quæ priùs obligata fuit: quæ res ipso iure liberationem inducit, sed non in effectu, quia Prætor rescindit emancipationem & capitis diminutionem, vt restituat obligationem qualis & quanta antè fuit, *l.1. & tot. tit. supr. de capit. minut.* Et hæc generalis ad totum hunc Titulum dubitandi ratio est, sicut & sententia illa, quę initio huius legis ex Paulo proponitur, totius huius Tituli, velut epilogus, & epigraphe est.

DEC. Beneficium huius edicti quod filiisfamilias posteà emancipatis vel exheredatis vel abstentis propositum est, non tam obligationis aut condemnationis substantiam afficit, ne filius etiam post emancipationem, aut abstentionem, aut exheredationem in solidum obligatus maneat, & in solidum condemnari adhuc possit: quàm afficit potissimùm actionem iudicati, & executionem sententiæ, vt benè hîc Bartolus docet: ideoque nec filiifamilias contractus, nec condemnatio contra eum lata in solidum potest impedire, ne conuentus ex iudicato filius tueatur se beneficio huius edicti, vt non nisi in quantum facere potest, vrgeatur. Est enim exceptio hæc, vt & aliæ pleræque ex numero earum, quæ quoniam neque instrumentum, neque iudicatum impugnant, etiam in executione iudicati opponi possunt, *l. tamen si non opposita* 11. vbi dicemus *infr. tit. prox.* Quamquam ad officium Prętoris maximè pertinet, ne filium post emancipationem, aut exheredationem, aut abstentionem siue conueniri siue condemnari in solidum patiatur *l.2. & l. prox. supr. l. pater 7. in fin. infr. hoc tit.* At non item si durante patria potestate cum filio agatur, quomodo ex omnibus caussis conueniri etiam viuo patre potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* quia scilicet non valde indiget filius, vt ei succurratur, quandiu pater viuit in cuius est potestate, cùm toto eo tempore nulla contra eum possit fieri executio iudicati *d. l. si dubitet §. filiusfamilias de fideiuss.* Siquidem nulla bona in ciuitate habet *l. lex Cornelia 28. infr. de vulg. & pupill. substit.* ac proinde cùm nihil interim habeat, quod perdat, eius periculo interim nihil est *l. itaque 12. in princip. infr. de furt.* De illo tantùm dubitari potest, cur ergo Prætor ab initio non prospexerit, vt filiusfamilias quoquo modo contrahens viuo patre non nisi in quantum facere poterit, obligetur, cùm inanis obligatio sit, quatenus ad effectum perduci non potest *l. nam is 6. supr. de dolo.* Sed respondendum est, primùm non potuisse Prætorem impedire, ne filiusfamilias contrahens ipso iure in solidum obligaretur, sicut alius contrahens quilibet *d. l. filiusfamilias l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* Esset enim id ius ciuile tollere non emendare aut temperare, tollere autem Prætor non potuit *l. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res supr. de Public. in rem act.* & initio *tit. de bonor. poss.* deinde non omni casu accidere, vt filiusfamilias post patris mortem in solidum conueniri & condemnari prohibeatur. Quid enim si non sit emancipatus, sed in sacris & familia patris retentus, tandemque à patre vel in solidum vel ex parte non modica institutus? Iam diximus eo casu non esse huic edicto locum. Et tamen casus ille est, qui euenire ac sperari faciliùs potest, cùm filiusfamilias viuo iam adhuc patre bonorum omnium paternorum dominus esse quodammodo existimetur, vnde & sui heredis nomen accepit *l. in suis 11. infr. de liber. & posthum. l. vlt. de bon. damnat.* Emancipatio enim, & exheredatio, & abstentio filij, aduentitij casus sunt, qui proinde computari nec solent nec debent *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manu.* Sufficitque vt vel vnum casum vtilem habeat filijfamilias obligatio ex qua in solidum non modò conueniri & condemnari, sed etiam vrgeri possit *argum. l. Stichus 39. in fin. infr. de manum. testam. l. heres à debitore 21. §. cùm & tu infr. de fideiuss.*

1 ¶ Si filio exheredato, ex senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit: non debebit: in quantum facere potest, sed in solidum condemnari: quia effectu quodammodo heres est.

Ad §. 1. Si filio exheredato.

RAT. DVB. Hic casus quo filius à patre exheredatus sit, verbis edicti nominatim continetur, ne supra id quod facere potest conueniri, aut condemnari possit *l. 2. sup.* Nec tantum si filius exheredatus sit, sed quod magis est, etiamsi institutus fuerit, dummodò non nisi ex modica parte *d. l. 2. in fin. & l. 4. in princip. supr.* Atqui filius exheredatus cui ex Senatusconsulto Trebelliano hereditas patris etiam tota restituta est, non eo minùs tamen exheredatus remanet, neque vlla ex parte heres dici potest, ne ex minima quidem, quoniam heres institutus à quo aditam hereditatem fuisse necesse est, vt restitui potuerit, heres factus per aditionem, semper heres manet, neque hereditatis restitutione heres esse desinit, cùm is qui semel heres fuit, semper heres perseueret *§. restituta Instit. de fideic. hered. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor.* Nec enim vni duo in solidum heredes esse possunt *l. quod contra 141. §. 1. de regul. iur.* Ergo non nisi in quantum facere potest, conueniri & condemnari debet. DEC. Is cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuit hereditas, quamuis heres non sit, heredis tamen loco est *d. §. restituta*, quia in eum transit omne cõmodum & emolumentum hereditatis *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* ac proinde effectu quodammodo heres est, vt hîc Paulus scribit. Itaque cùm habeat ex facultatibus patris, quantum erat habiturus si ex toto asse institutus heres fuisset, nõ alio vtique iure censeri debet, quàm si heres ex toto asse scriptus esset, perindeque cessat ratio edicti hoc casu atque si filius exheredatus non fuisset. Habet enim filius vnde creditoribus satisfacere in solidum possit, nec tam verba testamenti inspicienda sunt, id est, an filius institutus sit an exheredatus, quàm effectus testamenti, id est, an ex eo testamento filius emolumentum hereditatis consecuturus sit *l. vbi purè 19. §. 1. ad SC. Trebell.* Nec similiter tam verba edicti quàm mens Prætoris, & ratio edicti. Vt quo casu ratio edicti cessat, nec edictum ipsum habeat locum, deniq; re ipsa & effectu institutum esse filium sufficit, licèt verbis institutus non sit. Quemadmodum è contrario dicimus augeri peculium re, & verbis oportere

l.5.§.1. vers. si verò nomina infr. de pecul. Idem ergo est etiamsi filiusfamilias non fideicōmissarius vniuersalis aut partiarius proponatur, sed bonorum possessor, vt hîc notat Accursius. Bonorum enim possessores, licèt heredes non sint, quia neque heredem, neque dominum quiritiarium facere Prætor potuit *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* heredum tamen loco sunt *l.1.2. & 3. infr. de bonor. possess.* nam qui in vniuersum ius succedunt, heredum loco habentur *l. in pari 128.§.1. de regul. iur.* Aliud esse puto si filiusfamilias exheredatus, posteà heres heredis fuerit. Etsi enim dici solet quod & verissimum est, heredem heredis censeri heredē defuncti *l. si quis filiumfamilias 7.§. vlt. inf. de acquir. hered. l. vlt. C. de hered. instit.* & eos qui per successionē quantūuis longissimā defuncto heredes extiterūt, nō minùs heredes intelligi, quàm qui principaliter heredes extiterunt *l. qui per successionē 194. de regul. iur.* differētia tamen illa est, quòd non succedūt isti ex iudicio defūcti *l. qui liberis 8.§.1. de vulg. & pupill. substit.* Filiū verò familias exheredatū aut abstentū succedere oportet ex iudicio patris, vt in solidū cōueniri & cōdēnari possit, huiusq; edicti beneficio priuetur.

2. ¶ Sed si coactus immiscuerit se, vt restituat hereditatem: perinde obseruandum, ac si se abstinuisset.

Ad §.2. Sed si coactus.

RAT. DVB. Non est sine herede, qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. l.1.§. qui sunt in potestate inf. si quis amiss. caus. testam.* multo minùs ille qui suum heredem habet se immiscentem, quamuis coactus se immiscuerit: adeò vt quāuis filius non se immiscuerit hereditati quam rogatus est restituere, nihilominùs actiones, quæ ei, & in eum cōpetebant, ad fideicommissarium transferantur *l. ita tamen 27.§. si pater filium inf. ad SC. Trebell.* In quo differunt sui heredes à cęteris tantùm necessariis, qui quoniam beneficium separationis tantùm habent non abstentionis *l.1.§. vlt. inf. de separat.* omnimodo cogendi sunt à Prætore, vt se misceāt hereditati quam restituere rogati sunt, & sic deinde eā restituant: alioqui nō possent transferre actiones *l. recusare 6.§. hoc Senatusconsultū ad SC. Trebell.* Ergo si filiusfamilias à patre heres institutus & hereditatem alij restituere rogatus se immiscuerit, quāuis coactus à Prætore, pro herede tamen haberi debet, non autem perinde ac si se abstinuisset. DEC. Qui coactus à Prętore ex Pegasiano Senatusconsulto, vel adit, vel se immiscet, perinde habēdus est, ac si nec adiisset, nec se immiscuisset: quia quemadmodum nullū sentire cōmodum debet ex eo, quod inuitus fecit, qui supremas defuncti preces quātùm in se fuit, destituit *l. si patroni 55.§. qui fideicommissam eod. tit. iunct. d. l. ita tamen §. qui suspectam.* Ita neque damnum vllum & incōmodum sentire illū æquum est, ob id quod Prętoris ita iubētis imperio paruerit *d.§. qui suspectam. §. sed quia in fin. Instit. de fideic. hered.* Ergo qui à Prætore coactus se immiscuit paternæ hereditati, vt eam fideicommissario restitueret, nō pro immixto, sed pro abstento haberi debet: Filium autem, quamuis suum heredem, qui se abstinuit, Prætor non habet heredis loco *l. si filius 12.* vbi diximus *supr. de interrog. in iur. fact. l. si filius 12. de vulg. & pupill. substit. l. necessariis 57. de acquir. hered.* in iis scilicet quæ ad commodum aut incommodum ipsius pertinent *d. l. necessariis.* Ergo non debet Prætor pati, vt suprà quàm facere potest, filius hic conueniatur. Nec enim videri potest habere hereditatem, qui eam alteri restituit *l. aliud est capere 71. de verb. signific. l. non videtur 51. de regul. iur. cum simil.* Verba enim cum effectu sunt accipienda *l. penult. §. docere supr. ne quis eum qui in ius vocat. erit vi exim. l.1.§.1. quod quisq. iur. l. nomen filiarum 164.§. vlt. de verb. signific.*

6. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

EVm, qui se patremfamilias simulauit, & mandante aliquo stipulatus est, mandati teneri Marcellus scripsit, quamuis rem præstare non possit. & sanè verum est, teneri eum debere: quia dolo fecit. hoc etiam in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum erit [a].

Ad l. Eum, qui 6.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui se patremfamilias simulauit per mendacium & dolo malo, non eo magis fit soluendo, vt solidū præstare possit: nec enim locupletior quisquam fit ob hoc solùm, quòd sit dolosus. Ergo frustra est, si quis cum Vlpiano dicat, teneri eum debere in solidum, & beneficio huius edicti priuandum, siquidem inanis est actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* DEC. Vt is qui ipso iure obligatus est in solidum, non possit tamen cōueniri, suprà quàm facere potest, beneficium iuris est prætorij, ex æquitate sola inductū, quo proinde indignus omnino est is, qui dolo & mendacio suo id egit, vt creditorem deciperet *l. 4.§. interdum,* vbi diximus *supr. l. pen. in fin. infr. ad Trebell.* nunquam enim dolus impunitus manere debet *l. procurator 11. §.1. inf. de doli mal. except.* Nec paruum incommodum est, vt quis beneficio huius edicti careat, & in solidum cōdemnari debeat, cùm præstare solidum non possit. Quandoquidem ex ea causa possit detrudi in carceres, ibiq; detineri quousque aut solidū soluerit, aut ex legis Iuliæ beneficio bonis cesserit *l.1. C. qui bon. ceder. poss.* Idque est quod ex Marcello Vlpianus hîc scribit verum esse, id est, æquum, teneri filiumfamilias scilicet in solidum, quia dolo fecit.

a *Hoc etiam in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum erit.* RAT. DVB. Bona fides ex qua bonæ fidei contractus & bonæ fidei iudicia appellantur, non tam malæ fidei & dolo malo opponitur, quàm æquitati *l. bona fides 31. infr. depos.* Nam bonam fidem quæ dolo malo, & malæ fidei aduersatur, in omnibus contractibus etiam strictis desiderari certum est *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act.* Ergo quod de mandati actione in hac lege scriptū est, teneri ea filiumfamilias in solidum, si cùm se patremfamilias simularet, pecuniam ab aliquo stipulatus sit, alio mandante & exegerit, non tantùm in cæteris bonæ fidei iudiciis obtinere debet, sed etiam in strictis: nam & in stricti iuris contractibus & iudiciis dolus malus æquè ac in cęteris, quę bonæ fidę

bonæ fidei sunt, vindicari debet, cùm impunitus remanere nunquam debeat, vt modò diximus, ex *d.l. procurator* 11.§.1.*inf.de doli mal.except.* Atque ita existimat Accursius nihil hac parte à stricti iuris actionibus bonæ fidei iudicia distare: nec malè: de omnibus enim contractibus indistinctè Vlpian. locutus est in *l.*4.§.1.*supr.* cùm dixit filiumfamilias qui se patremfamilias mentitus est, in solidum teneri debere propter mendacium. Dicendum igitur est hoc additum esse ab Vlpiano, si modò Vlpiani potiùs quàm interpretis alicuius adiectio ista est, quia de actione mandati locutus anteà fuerat, quæ bonæ fidei est, & quoniam bonæ fidei iudicia in aliis plerisque sunt fauorabiliora, tum quoque cùm agitur de dolo vindicando. Nam dolus eius qui agit iudicio bonę fidei vindicatur ipso iure citra doli exceptionem. In iudiciis verò strictis nonnisi opposita doli exceptione *l. sed & si* 21.*infr. solut. matrim. l. huiusmodi* 84.§. *qui seruum de legat.*1.§.*in bonæ fidei* 30. *Instit. de act.* At contra eum qui cóuenitur, quiq; in solidum ipso iure obligatus est, nec meliùs nec aliter vindicari dolus potest, quàm si contra ipsum actio, quæ in solidũ competit, in solidum quoque detur: quamquam hoc casu vindicari dolum dicendum est, non tam per concessionem actionis, quæ etiam aduersus non dolosum in solidum cópeteret, quàm per denegationem beneficij, & exceptionis, in quantum facere potest, quæ reo daretur, si in dolo non esset §. *sunt præterea* 36.*& seq.eod.tit.de act.* atque ita omnino sentiendum est. Simile aliquid est in *l.*3.*C.de reb.credit.* vbi Imperatores postquàm dixerunt, in bonæ fidei iudiciis inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportere, subiiciunt *necnon in cæteris causis*, vt intelligamus expressam mentionem contractuum bonæ fidei, non ideò semper alios contractus excludere. Ergo & in actione mutui quæ stricti iuris est, idem obseruabitur, quod in actione mandati, vt filiusfamilias qui cùm se pro patrefamilias fingeret, mutuam pecuniam accepit, & exheres à patre vel emancipatus est, quamuis facere non possit, debeat tamen in solidum condemnari *l.qui cum se* 10.*infr.de re iudic.*

7. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

PAter filio permisit mutuam pecuniam accipere, & per epistolam creditori mandauit, vt ei crederet. filius ex minima parte patri heres exstitit? respondi, esse in potestate creditoris, vtrùm filium, cui credidisset, in solidum, an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet conuenire, sed filius condemnatur, in quantum facere potest.

Ad l. Pater filio 7.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l.*2.§.*vlt.& l.*4.*in princip.sup.hoc tit.* Idem namque sensus est, filiumfamilias qui mandante aut saltem permittente patre mutuam pecuniam accepit, si à patre posteà non nisi ex minima parte hereditaria heres institutus sit, posse à creditore conueniri, vel in solidum ex propria persona proprioque contractu, vel tanquam heredem pro ea portione pro qua successit patri, sed tamẽ, si creditor malit filium in solidum conuenire, adiuuandum esse filium beneficio huius edicti, ne suprà quàm facere potest, condemnetur: ideò autem ponit Scæuola patrem filio permisisse mutuam pecuniam accipere, & creditori mandasse, vt filio crederet, quoniam alioquin illicitus esset contractus, nec posset filius ex eo vnquam conueniri ne quidem in quantum facere possit *l. si ex alio* 9.*C. hoc tit.* sicut neque pater ipse de peculio propter Senatusconsulti Macedoniani authoritatem *l.si filius tuus* 6.*C.ad SC.Maced.* Item quia pater hoc casu ex suo proprio contractu & mandato tenetur in solidum, & actione quod iussu aut mandati *l.* 1.*infr. quod iuss.* qui alioqui non nisi de peculio teneretur *d.l.si filius & l.si quis cum filiofamilias* 44.*inf. de pecul.* Proinde relinquit heredes suos obligatos in solidum omnes, sed tamen singulos pro sua quemque parte hereditaria, quoniam obligatio defuncti per legem duodecim tabularum ipso iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus diuiditur *l.* 1. *C. si cert.pet. l.vlt.C. de heredit. act. l.*1.*C.si vnus ex plurib.hered.debit.* nec distinxit lex 12. tab. an portiones hereditariæ sint minimæ, an maximæ, quia quisquis ex quantulacunque hereditatis parte institutus est, pro ea parte heres est, defunctique personam repræsentat, & ideo creditoribus hereditariis tenetur: quamuis quod ad edictum hoc Prætoris attinet, non habeatur pro instituto, qui ex minima tantùm parte institutus est *d.l.*2.§.*vlt.* Propter quam causam videbatur neque pro parte hereditaria conueniri posse hoc casu filium tanquã heredem, neque in solidum ex proprio suo contractu, nec proinde dandam esse hanc electionem creditori, nisi eo demùm casu, quo filius ex parte non modica heres scriptus sit, vt Vlp. scripsit in *d.l.*4.*in princip.sup.* Sed benè Scæuola vidit, separãdam esse in persona filij causam hereditariam à propria filij obligatione, vt ex causa hereditaria omnimodo pro hereditaria portione teneatur, etiãsi nec pro ea parte sit soluendo, putà si damnosa fuit patris hereditas, cùm aliis quoque creditoribus teneatur *l. quæ dotis* 33.*infr.solut.matrim.* Ex causa verò propriæ obligationis conueniri quidem possit in solidum, tanquam ipso iure in solidum obligatus *dict. l. si quis cum filiofamilias*, sed tamen non condemnetur, nisi in quantum facere potest. Ad hunc enim casum restringi debet quod in fine legis scriptum est, *sed filius condemnatur in quantum facere potest*, eo scilicet casu quo ex propria obligatione conueniatur in solidum, non quo tanquam vnus ex heredibus pro parte hereditaria.

8. PAVLVS libro 1. Decretorum.

TItianus Primus præposuerat seruum mutuis pecuniis dandis, & pignoribus accipiendis. sed seruus etiam negociatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum, & soluere. cùm fugisset seruus, & is, cui obligatus fuerat dare

pretium hordei, conueniret dominum nomine institoris: negabat, eo nomine se conueniri posse: quia non in eam rem præpositus fuisset. cùm aut & alia quædam gessisse, & horrea conduxisse, & multis soluisse idem seruus probaretur: præfectus annonæ contra dominum dederat sententiam. dicebamus, quasi fideiussionem esse videri: cùm pro alio solueret debitum: non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem: nec videtur hoc dominum mandasse: sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conseruauit Imperator.

Ad l. Titianus vlt.

RAT. DVB. Pro domino propter quam videbatur non posse illum conueniri nomine institoris, qui precium hordei pro emptore dare promiserat, illa est, quæ in textu proponitur, quod non in eam rem præpositus seruus idemque institor fuisset, sed tantùm mutuis dandis pecuniis, & pignoribus accipiendis, vt initio legis scriptum est. In proposito autem seruus hic qui pro emptore hordei se obligauerat, & debitum susceperat, non eo animo fecerat, vt ei crederet, quo casu, vt benè sentit Accursius, teneretur vtique dominus institoria, cùm seruum hunc mutuis dandis pecuniis, vt diximus, præposuisset ex *l. in eum* 19. §. *vlt. supr. de instit. act.* sed potiùs vt per intercessionem æs alienum susciperet, ac pro eo fideiuberet, vt in priore specie *d.* §. *vlt.* vbi Papinianus scribit institorem non adstringere hoc casu dominum iure prętorio in solidum. Nec enim seruus fideiussionis nomine obligari potest extra causam peculij *l. seruus inscio* 19. *& seq. infr. de fideiuss.* quia nec dominus hoc ei mandasse intelligitur, vt Paulus hîc scribit. Ergo malè dominus in hac specie conueniebatur institoria, & consequenter malè Pręfectus annonæ contra eum dederat sententiam ab Imperatore nihilominùs contra Pauli nostri sensum confirmatam. DEC. Institor generalis est, qui proinde dominum obligat institoria in solidum, quisquis à domino ita præpositus est, vt eum in omnibus substituisse dominus videatur. Nam sicut is qui in vna tantùm aut negotiatione vel in pluribus certis præpositus est, à cæteris omnibus prohibitus esse intelligitur *l. sed si pupillus* 11. §. *condicio supr. de instit. act.* Ita & qui negotiis omnibus præpositus est, in omnibus obligat dominum institoria actione in solidum. Atqui in proposita specie habuit Imperator institorem hunc pro præposito generaliter & substituto à domino in omnibus, quia & horrea conduxisse, & multis soluisse, & alia quædam gessisse proponebatur, sciente domino & non contradicente. Meritò igitur sententiam Præfecti annonæ Imperator confirmauit, vt eis quibus delegatus vel obligatus seruus fuerat, precium hordei dare dominus in solidum teneretur. Nihil enim refert, an quis institor generalis factus sit, an verò ei negotiationi quam exercuit, specialiter præpositus fuerit *l. vel vniuersorum* 12. *iunct.* §. *vlt. legis præced. supr. de pignor. act.* Nec decipi debent, qui cum institore bona fide contraxerunt *d.* §. *condicio in fin.* cùm potuerit & debuerit dominus, si actum institoris sui non probabat continuò testationem interponere contrariæ voluntatis, eumque remouere aut saltem prohibere, ne extra id quod ei mandatum fuerat, operam suam interponeret *d. l. sed si pupillus in princip. &* §. *de quo palam de instit. act. l. si filiusfamilias* 16. *infr. tit. prox.* Accidit autem Paulo in proposita quæstione quod alias ferè semper, vt in iis causis quas in cognitionibus Imperatoris sui tractauit, succubuerit, & contrariam sententiam retulerit, quamuis melioribus semper fultus rationibus, quàm quibus Imperator mouebatur, vt contra eum pronunciaret. Sic in *l. Aemilius Larianus* 41. *supr. de minor. l. Clodius* 97. *de acquir. hered. l. Paula Callinico* 27. §. 1. *& vlt. de legat.* 3. & alibi sæpe.

DE SENA-

DE SENATVSCONSVLTO MACEDONIANO.

TIT. VI.

VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

VErba Senatusconsulti Macedoniani hæc sunt: *Cùm inter cæteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid ampliùs diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitióque daretur: vt scirent, qui pessimo exemplo fænerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.*

Ad l. Verba Senatusconsulti.

RAT. DVB. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligari & conueniri potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* cùm habeat personã integram, nec minùs sit ciuis, quàm si paterfamilias esset *l. nam ciuium 4. supr. de stat. homin.* Ergo si quis filiusfamilias pecuniam crediderit, non debet ei pecuniæ creditæ persecutio denegari, aut exactio per Macedonianum Senatusconsultum impediri. DEC. Ex iuris quidem ratione ita est, sed Senatusconsulti Macedoniani authoritate, quod sub Claudio 4. & Vitellio 3. Consulibus factum esse Petrus Faber obseruauit, inductum est ius nouum, & speciale in pecunia credita, Odio Macedonis fœneratoris, qui Senatusconsulto, vt causam ita & nomen dedit, quòd is inter cæteras sceleris causas, quas ei mala & in nequitiam pronior natura subministrabat, etiam æs alienum adhibere solitus esset, & filiisfamilias pecuniam mutuam dare sub ingenti fœnore. Vnde plerumque eueniebat, vt vel parentum vitæ insidiarentur filij æris alieni impatientia néve tanti fœnoris incommodo & magnitudine tandem obruti perpetuæ egestati mortuo etiam patre manciparentur. Vel si parentum mortem expectare mallent corrogatis interim vndequaque mutuis pecuniis, ne perditis moribus exercendis materia deesset, mortuis tandem parentibus etiam locupletibus, tam citò inopes & miseri quàm heredes inuenirentur, protracta fortè in longius tempus parentum vita, vt annorum multiplicatione interim auctum fœnus in quantitatem immensam excurreret. Hæc enim Senatusconsulti Macedoniani ratio fuisse videtur, non illa quæ ab interpretibus adfertur, quasi Macedo non aliter pecuniam filiisfamilias sub fœnore crederet, quàm vt ea post mortem patris soluetur. Quis enim ea lege nominatim adiecta filiofamilias crederet, sibique exigendæ ab eo solutionis etiam viuo patre, si qua ratione id fieri posset, viam præriperet? Aut quænam æris alieni impatientia filiumfamilias adigere posset, vt maturaret mortem patris, quo viuo se à creditore vrgeri non posse intelligeret? Immortalitatem potiùs hic patri optare deberet, ne vnquam ipse à creditore inquietaretur. Neque verò ea verba huius legis *& sæpe materiam peccandi malis hominibus præstaret*, hunc duntaxat sensum habere videntur, quasi Macedo filiisfamilias improbis occasionem præberet machinandi aduersus parentum vitam (leuius enim est peccandi nomen, quàm vt ad parricidij impietatem porrigi debeat) sed illum etiam & potiùs, vt credendo iis pecunias subministraret materiam in malos mores, siue ad luxuriam, siue ad aleam, aut quam aliam prodigalitatis & insaniæ iuuenilis speciem mala naturæ suæ propensione ferrentur. Et similiter quod hîc additur, solitum fuisse Macedonem incertis nominibus credere, non ita debet accipi quasi crederet dilata solutione in diem mortis paternæ, qui incertus est, aut non expressa causa vel titulo particulari credendi, ne si exprimeretur de turpitudine eius constaret, vt alij interpretantur. Sed quia filiifamilias debitoris nomen non nisi valde incertum & dubium esse potest propter præsentem eius inopiam, cùm bona nulla habeat in ciuitate *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. l. 1. infr. si à parent. quis manumiss. sit.* nec tantùm fieri possit, vt ante patrem moriatur nulla creditoribus spe reliqua debiti consequendi, nec si viuo patre conuentus & condemnatus sit *dict. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* sed etiam vt multa incidant, quæ faciant, ne morte patris bona vlla consequatur. Quid enim si merentem eum pater exheredauerit? Quid si pater ipse tum diues cùm filiofamilias pecunia credebatur, inopinato aliquo fortunæ impetu in summam egestatem de-

lapsus sit? Quid proderit misero creditori actionem habere contra filiumfamilias, quam etiam mortuo patre inopia debitoris possit eludere? *l. nam is 6. supr. de dolo.* & tamen pecunias credebat Marcedo filiisfamilias & incertis huiusmodi nominibus, vt tanto grauiore fœnore sibi eos obstringeret, parum curantes quanto fœnore mutuarentur, dummodò pecunias sibi suisque perditis moribus pararent: itemque illectus dulcedine fœnoris, & spe illa non improbabili fore, vt saltem expectata patris morte, siue naturali, siue ciuili (nihil enim refert *l. item, si 7. aliàs l. sed Iulianus §. sed etsi patri infr. hoc titul.*) bonum nomen & certum fieri posset, quod ab initio incertum & suspectum fuisset. Hanc verò spem Senatus sustulit prohibens, ne qua petitio efficax creditori superesset ad exigendam mortuo quoque patre pecuniam, quam is filiosamilias credidisset. Non fecit Senatus, nec facere potuit, ne filiusfamilias ex causa mutuò datæ pecuniæ obligaretur, nec proinde quin ex hac causa perinde atque ex aliis conueniri posset *dict. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Sed facere tamen potuit, & fecit, ne actio & petitio illa cum effectu esset, data filiosamilias exceptione siue viuo siue iam mortuo patre conueniretur, vt euenit etiam in Senatusconsulto Velleiano de intercessione mulierum, si fortè mulier contra Senatusconsultum illud pro alio intercesserit. Est enim vtroque Senatusconsulto introducta exceptio ad infringendam æquitate defensionis actionem, quæ stricto iure competit *l. tamen 11. l. penult. & pass. infr. hoc titul. l. 2. §. 1. iunct. l. si mulier in iure 23. & pass. infr. ad Senatusconsultum Velleian.* Cum hac tamen differentia, quòd Velleianum fauore mulierum factum est non odio creditorum, Macedonianum verò non tam fauore filiorumfamilias, quàm odio fœneratorum, vt ex hac lege apparet, & ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Quamquam vtroque Senatusconsulto factum est, vt si certum sit commissum esse aduersus Senatusconsultum deneganda sit à Prætore actio, siue contra filiumfamilias, siue contra mulierem, ita vt nec vlla exceptio necessaria sit *§. proxim. & pass. infr.* Sed tamen quia plures casus occurrunt, in quibus euenit, vt neutri Senatusconsulto locus sit, meliùs ac tutiùs facit Prætor, si det in dubio actionem sub exceptione Senatusconsulti. Et ita intelligi verba vtriusque Senatusconsulti debent. Etsi verò fœneratorum omnium causa odiosa esse meritò creditur, eorum tamen longè odiosior esse debet, qui pessimo exemplo fœnerant, quales Vlpianus noster eos esse dicit, qui filiisfamilias credunt sub fœnore: est enim hoc fœnus exempli omnium pessimi ob materiam peccandi quam pecunia filiisfamilias fœnerata præbet, qui ex ea occasione viciosiores passim fiunt, & quod est consequens ingratiores parentibus, minusque obsequentes: præter id quod potest etiam ea res votum inducere captandæ mortis patris, non tantùm in persona filij, vt solent luxuriosi adolescentes & perditi in patrios annos ante diem inquirere, sed etiam in persona creditoris id maximè satagentis, vt morte patris siue naturali siue ciuili bonum & certum nomen fiat, quod interim non nisi dubium & incertum esse potest. Nec proinde dubitandum est, quin tristissimi & periculosissimi euentus plena res sit, vt Iustinianus loquitur in *l. vltim. Cod. de pact.* Nec minùs si gratuita pecunia credita sit, quàm si fœneratitia *l. item si 2. §. siue autem infr.* quia licèt Senatusconsultum odio fœneratorum factum sit, de iis tamen simpliciter locutum est, qui filiosamilias mutuam pecuniam dedissent. Quamquam vix est, vt filiosamilias pecuniam quis credat sine fœnore, præsertim peculium nullum habenti: nam credita pecunia filiosamilias habenti peculium, non facit locum Senatusconsulto, quia peculij concessio facit, vt ex voluntate patris filiusfamilias ad finem vsque peculij contraxisse videatur. Alioqui facilè esset Senatusconsulto fraudem facere occultato fœnore *l. 7. §. interdum infr.* Benè autem Accursius hinc notat, mala exempla à iure etiam humano reprobari, ex *l. obseruandum est 47. supr. de iudic.* & aliis ab eo citatis. Idque est quod dicitur in *l. 3. §. penult. infr.* dationem pecuniæ perniciosam parentibus visam esse.

1 ¶ Si pendeat, an sit in potestate filius, vtputa quoniam patrem apud hostes habet: in pendenti est, an in Senatusconsultum sit commissum. nam si reciderit in potestatem, Senatusconsulto locus est: si minùs, cessat: interim igitur deneganda est actio [a].

Ad §. 1. Si pendeat.

RAT. DVB. Filius eius qui est in hostium potestate, non est filiusfamilias, cùm non sit in patris sui potestate. Pater enim captus ab hostibus, licèt reuerti ab iis possit, interim tamen verè seruus hostium est *§. serui Instit. de iur. person.* nec proinde filium in sua potestate habere potest, qui ipse non est suæ potestatis *l. sic eueniet 21. infr. ad leg. Iuliam de adult.* Ergo si huic filio credita sit pecunia pendente captiuitate patris, non potest videri creditor commisisse in Senatusconsult. Macedonianum.

DEC. Postliminij fictio facit, vt pater quandocunque reuersus ab hostibus semper in ciuitate mansisse retrofingatur, ac proinde vt nunquam filius sui iuris fuisse videatur. Interim igitur remanet ius patriæ potestatis in suspenso, vt & cætera omnia iura quæ habebat pater in ciuitate *§. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* tanquam quæ per captiuitatem non tam abrumpantur, quàm suspendantur *l. illa institutio 32. §. 1. infr. de hered. instit.* Vnde est, quod fictio postliminij suspensi iuris constitutio dicitur à Papiniano in *l. pen. infr. de suis & legit.* Et consequenter potestas quoque Senatusconsulti Macedoniani in suspenso manet. Nam si in patris potestatem reciderit filius, erit Senatusconsulto locus, quia verum erit dicere pecuniam ei creditam esse, qui filiusfamilias

semper

semper fuisse intelligitur, si minùs cessabit Senatusconsultum, tanquam pecuniâ ei creditâ qui neque filiusfamilias tùm fuit, neque fuisse posteà retrofingitur. Nec nouum est in pendenti ius esse quoties factum ipsum ex quo ius oritur, in pẽderi quoq; est, quãuis ius ipsum per se semper certum sit nõ minùs quàm finitum *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor. l. 2. §. 1. infrà, quand. de pecul. act. annal. est l. impuberem 21. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de fals.*

a *Interim igitur deneganda est actio.* RAT. DVB. Quod pendet non est pro eo quasi sit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. §. 1. de reg. iur.* Interim igitur præsens rerum status inspiciendus est, non is qui potest ita euenire, vt tamen possit, etiam non euenire, atqui secundum præsentem statum non est filiusfamilias is, qui patrem habet apud hostes & seruum hostium, vt proximè diximus. Ergo non est interim deneganda actio creditori, quem interim verum est, nihil fecisse contra Senatusconsultũ.

DEC. Actio certa non potest competere ex eo iure quod adhuc incertum est, quodque pendet ex futuro euẽtu *d. l. 2. §. 1 infr. quand. de pecul. act. annal. est, d. l. impuberẽ 21. §. 1. ad leg. Corn. de fals. l. sed etsi 28. §. vl. sup. de iudic. l. 3. & seqq supr. si pars hered. petat.* Ergo quandiu pendet, an filiusfamilias fuerit, is, qui pecuniam mutuam accepit, Senatusconsulti quoque vim ac potestatem pendẽre necesse est *l. de hereditate 19. § paterfamilias & pass. infr. de castrens. pecul. d. l. penult. de suis & legit. l. Gallus 29. §. quid si & §. si eius de liber. & posthum.* Aliud est in specie *l. ordinata 24. in princ. infr. de liber. caus.* vbi post ordinatam liberalem causam pro libero interim habendus est is, de cuius statu contenditur: id enim fit non solùm fauore libertatis, sed etiam, vt possit is qui seruus dicitur contra eum qui se dominum adfirmat, consistere. quod alioqui nisi certis ex causis ei nõ liceret *l. vix certis ex causis 53. supr. de iudic.* Neq; verò status eius de cuius libertate disputatur pendet interim, sed per rerum naturam certus est, licèt incertum sit, quid Prętor sit pronunciaturus.

2 ¶ Certè si adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde sit restitutus, vt emanciparetur: Senatusconsultum locum habebit. fuit enim filiusfamilias.

Ad §. 2. Certè si adrogatus.

RAT. DVB. Restitutio reponit omnia in pristinum statum, in quo erant, priusquam contraheretur *l. quod si minor 24. §. restitutio supr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit* Ergo si adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde beneficio ætatis restitutus sit in integrum, tanquam minor & læsus, forte si cùm esset locuples adrogari se à Prædone passus esset, vt in *l. 3. §. si quis minor supr. de minor.* perinde haberi debet saltem post petitam, & impetratam restitutionem ac si nũquam adrogatus fuisset, & consequenter non pro filiofamilias haberi debet, sed pro patrefamilias cui proinde mutua pecunia credi impunè potuit citra metum Senatuscõsulti. Exemplo eius quod proximè scriptum est, de filio captiui ab hostibus nunquam reuersi.

DEC. Filiusfamilias per adrogationem factus, licèt aduersus adrogationem in integrum restitutus sit, nihil aliud tamen consequitur, quàm vt ab adrogatore emancipandus sit, non etiam vt adrogatio pro non facta habeatur, emancipatio autem tantùm abest, vt tollat intellectum præcedentis adrogationis, vt è contrario eam præsupponat: nec enim alius emancipari potest, quàm qui filiusfamilias reuera est *l. quidam 131. de verb. oblig.* ergo non potest facere secuta in integrum restitutio & emancipatio, vt non fecerit contra Senatusconsultum Macedonianum is qui adrogato pecuniam credidit, cùm verum sit filiumfamilias eum fuisse, nec retrofingi patremfamilias semper mansisse. In quo minor est potestas restitutionis in integrum, quàm fictionis postliminij, quia restitutio in integrum nihil retrofingit, sed de nouo aliquid inducit, vt non malè hìc Bartolus tractat. Quamuis falsum sit, quod ille ait in specie superioris §. ex postliminij fictione fieri vt filius patris apud hostes, tandem defuncti videatur fuisse sui iuris. Nulla enim fictione in eam rem opus est, cùm tam verè sui iuris fuerit quàm verè pater seruus hostium fuit, nec aliud facit postliminij fictio, nisi vt qui ab hostibus rediit nunquam captus fuisse videatur, at non etiam vt qui nõ rediit seruus fuisse retrofingatur. Nam captiuo non reuerso postliminij fictio nec necessaria, nec vtilis vllo modo est.

3 ¶ In filiofamilias nihil dignitas facit, quò minùs Senatusconsultum Macedonianum locum habeat. nam etiam si consul sit, vel cuiusvis dignitatis: Senatusconsulto locus est: nisi fortè castrense peculium habeat:[a] tunc enim Senatusconsultum cessabit.

Ad §. vlt. In filiofamilias.

RAT. DVB Dignitas Consularis & aliæ maiores huiusmodi dignitates facere debent, vt non facilè præsumendum sit filiumfamilias consulem aut dignitate alia excellenti præditum occasionem peccandi ex mutuo sumpturum, aut aliquid in necem patris machinaturum *arg l. vnic. supr. de offic. præf. prætor.* Ergo quasi cessante hoc casu ratione & causa Senatusconsulti dicendum, videtur cessare quoque Senatusconsultum.

DEC. Senatusconsultum generaliter locutum est de filiofamilias non adhibita distinctione, an in dignitate aliqua constitutus sit filiusfamilias, necne. Non enim dignitas eximit filium à patria potestate excepta dignitate patriciatus, § *filiusfamilias institut. quib. mod. ius patr. potest. solu.* Ergo generaliter intelligẽdum est de filiofamilias quolibet: nec distinguere debemus, vbi Senatus non distinxit *arg. l. de precio 8. supr. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter infr. de legat. præst.* Hodie tamen aliud iuris est, postquàm placuit Iustiniano *Nouell. 81.* cui titulus est *constit. quæ dignit. & Episcopat. fil. liber. patr. potest.* vt per alias plerasque dignitates ea constitutione enumeratas, itémque per Episcopatum filiusfamilias à patria potestate liberetur.

a *Nisi fortè castrense peculium habeat.* RAT. DVB. Militia non eximit filium à patria potestate, non magis quàm dignitas cõsularis *d.§. filiusfamilias*, nec si filiusfamilias castrense peculium habeat, aut quasi castrense. Quid enim commune illud habet cum patria potestate? Ergo etiamsi castrense peculium, aut quasi castrense habeat filiusfamilias, qui mutuam pecuniam accepit, non ideò cessare Senatusconsultum debet. DEC. Ex Imperatorum constitutionib. filijfamilias milites, licèt filijfamilias maneant, attamen patrumfamilias vice funguntur, vt subijcitur in *l. seq.* vt nimirum eo priuilegio inuitarẽtur filijfamilias ad militiæ munera subeunda; idque non inuitis parentibus, quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quàm charitas ipsa liberorum *l. postliminium 19. § filius quoque familias infr. de captiu. & postlim.* Adeò autẽ hoc verum est, filiumfa. militem in castrẽsi peculio patrifamilias iure censeri, vt etiam de castrensi peculio testari possit *§. 1. instit. qui testam. facer. poss. l. vlt. infr. ad SC. Tertyll.* quamuis non nisi patrifamilias lex duodecim tabularum ius testãdi concesserit *l. verbu legis 120. de verb. signif. iunct. l. 1. ad leg. Falcid. l. pater 10. §. 1. infr. de capt. & postlim.* Itémq; vt inter patrem & filiumfam. de castrẽsi peculio, perinde atq; inter extraneos lis esse possit *l. 4. supr. de iudic. iunct. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Ergo & Senatusconsultum Macedonianum hoc casu cessare debet, quia de filiofamilias duntaxat, non etiam de patrefamilias locutum est *l. vlt. C. hoc tit.* Et verò cùm in peculio castrensi nihil omnino iuris habeat pater quandiu filius viuit *l. 3. Cod. de pecul. castrens. milit. libr. 12. titul. 37. l. imperator 50. ad SC. Trebell.* nulla ratio est, cur prætextu patriæ potestatis inducatur Senatusconsultum Macedonianum in filiofamilias milite castrense peculium habente.

2. IDEM libro 64. ad Edictum.

VSque ad quantitatem castrensis peculij: cùm filiifamilias in castrensi peculio [a] vice patrumfamiliarum fungantur.

Ad l. 2. Vsque ad quantitatem.

RAT. DVB. & DEC. eadem ipsa est, quæ ad finem legis præcedentis: nisi quod hîc additur filiumfamilias militem ita demùm non iuuari Macedoniano, si mutuam pecuniam acceperit ad quantitatem vsque castrensis peculij: est enim priuilegium hoc nõ tam militiæ, quàm peculij in militia quæsiti, nec proinde vltra peculij castrensis quantitatem extendi potest. Itaque si filiusfamilias miles qui centum duntaxat in peculio castrensi habuit, ducenta mutua acceperit, in centum quidem non iuuabitur Macedoniano, at in aliis centum iuuabitur, in quo nihil absurdi est ob tam euidentem rationem diuersitatis.

a *Cùm filijfamilias in castrensi peculio.* RAT. DVB. Paterfamilias heredem habere potest, non minùs ab intestato, quàm ex testamento, ex verbis illis legis duodecim tabularum, *si paterfamilias intestato moritur, nec suus heres vllus erit, agnatus proximus familiam habeto l. 1. l. pen. & pass. de suis & legit.* Atqui filiusfamilias miles quantumuis peculium castrense habeat, heredem nullum habere potest ab intestato ne quidem in castrensi peculio, sed pater bona ipsius castrẽsia omnia occupat iure peculij *l. 1. 2. & pass. infrà, de castrens. pecul.* Adeò vt nec hodie aliud sit post *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.* qua Iustinianus induxit, vt filiusfamilias etiam paganus in peculio quoque aduentitio legitimũ heredem habere possit: nam neque de castrensi peculio loquitur, sed tãtùm de aduentitio, & longè alia ratio est peculij castrensis, quia cùm de eo testari filiusfamilias etiam hodie possit, qui de aduentitio non posset *l. pen. Cod. qui testam. facer. poss.* longè maior ratio fuit corrigendi iuris veteris quantum ad successionem intestati, in peculio aduentitio quàm in castrensi, de quo si filiusfamilias testatus non sit, imputet sibi cum de eo testari potuerit. Datum enim est priuilegium non tam castrensi peculio, quàm iudicio militis de castrensi peculio testantis, vt eleganter scriptum est in *d. l. vlt. in fin. infr. ad SC. Tertyl.* Idque à nobis cõtra Accursij nostri, & interpretum nostrorum opiniones pluribus disputatum est in *Chiliadem de error. pragma.* Illud quoque in castrensi peculio singulare est, vt filiusfamilias qui cùm diuersi generis peculia haberet [potest enim habere *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr. tit. proxim.* putà peculium profectitium, aduentitium & castrẽse] mutuam pecuniam accepit, in causam castrensis peculij eam accepisse intelligatur, quod à Iustiniano expressim constitutum est in *l. vlt. Cod. hoc tit.* Etsi autem lex hæc de castrensi tantùm peculio loquitur, attamen in quasi castrẽsi idẽ iuris est ex alia eiusdẽ Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de inoffic. testam. iunct. l. 1. §. nec castrense infr. de collat. bonor.*

3. IDEM libro 29. ad Edictum.

SI quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publicè paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: cessabit Senatusconsultum.

Ad l. Si quis patremfamilias 3.

RAT. DVB. Is qui reuera filiusfamilias est, licèt publicè paterfamilias plerisque videatur, quia sic agat, sic contrahat, sic muneribus fungatur quasi paterfamilias sit non eo minùs tamẽ filiusfamilias est: nec enim communis hominum opinio præsertim erronea iustus modus est tollendæ patriæ potestatis, *tot. tit. insti. quib. mod. ius patr. potest. tollit.* ergo verum est creditam fuisse pecuniam ei qui filiusfam. verè fuit, & consequenter non debet cessare Senatusconsultũ *l. 1. §. pen. supr.* DEC. Macedonianum Senatuscõsultũ nõ tam fauore filiorũfamilias factum est, quã odio creditorum, vt diximus ad *l. 1. supr.* atqui nullũ potest odium

odium esse creditoris, qui cum filiofamilias contrahit, quem patremfamilias esse putat, non vana simplicitate deceptus, neque stulta iuris ignorantia, sed publico & communi, eóque non improbabili omniũ errore, neque potest hic videri aliquid cōtra Senatusconsultum facere voluisse, qui se patrifamilias credere existimauit: communis enim error licet ius non faciat, vt contra errorem communem interpretum docuimus ad *l. Barbarius Philippus* 3. *supr. de offic. Prętor.* iustam tamen excusationem præbet, quia nec affectatus nec suspectus videri potest *l. item si* 7. *aliàs, l. sed Iulianus* §. *item si duos & l. penu. inf. hoc tit. l.* 1. *Cod. eod. d. l. Barbarius l. quid sit fugitiuus* 17. §. *apud Labeonem* 12. & §. *idem Cœlius ait* 16. *inf. de ædilit. edict. l.* 3. *in fin. infr. de supell. legat. l. fugitiuus* 19. *infr. de solut. l. sed etsi* 7. §. *Marcellus*, aliàs *l. eum qui suprà*, *de Public. in rem act. l. cùm quidam* 30. § *quod dicitur infr. de acquir. hered. l.* 4. *C. de incest. & inutil. nupt. & tot. tit. infr. de eo qui pro tutor. vel curat. negot. ger.* Mirum igitur non est in eo creditore, qui tali filiofamilias bona fide credidit, cessare Senatusconsultum, nec aliud est si adfirmationi crediderit debitoris se patremfamilias dicentis *l.* 1. *Cod. hoc tit.* aliud esset si fauore filiorumfamilias Senatusconsultum factum esset, vt benè tractat Bartolus ex *l.* 2 §. *verba infr. ad SC. Velleian. l.* 1. & 2. *Co. si min. se maior. dixer.*

1 ¶ Vnde Iulianus libro duodecimo in eo, qui vectigalia conducta habebat, scribit, & est sæpè constitutum, cessare Senatusconsultum.

Ad §. 1. *Vnde Iulianus.*

RAT. DVB. Etiam filiusfamilias publica vectigalia conducta habere potest cum ex omni causa, omníque contractu & obligari & conueniri possit *l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* prætetquàm ex voto *l.* 2. §. 1. *infr. de pollicit.* & ex mutuo propter authoritatē Senatusconsulti Macedoniani *l. si ex alio* 9. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* neq; rursus publicorum vectigalium conductio iustus & legitimus modus est tollendæ patriæ potestatis: ergo nō ideò cessare debet Senatusconsultum, quod quis filiofamilias publicorum vectigalium conductori pecuniam mutuam crediderit. DEC. Non admittuntur ad licitationem & conductionem publicorum vectigaliũ alij, quàm illi, quorum certa & idonea sint nomina nec vllo modo suspecta *l. locatio* 9. *in prin. &* §. *reliqua tores & seq. infr. de publican. & vectigal.* Filijfamilias verò nomen per se, id est, sine patre aut si ne fideiussore, neque certum, neque bonum est *l.* 1. *supr. l. si filiusfamilias* 7. *infr. de tutel.* Ergo si quis crediderit pecuniam mutuam filiofamilias conductori publicorum vectigalium, iustam causam habuit existimandi credere se patrifamilias, ideóque Senatusconsultum hoc quoque casu cessare æquum est, non minùs quã superiore: itaque illatio hæc tantùm est ex eo, quod proximè dictum fuit: proinde si quis crediderit cōductori publicorum vectigalium, quem sciebat esse filiumfamilias, obstabit ei Senatusconsultum, quoniam scientia nullam excusationem admittit: imò verò sufficit, vt creditor scire facilè ac probabiliter potuerit filiumfamilias esse eum cui credebat *l. pen. infr. &* § *prox. seq.*

2 ¶ Proinde & in eo, qui scire non potuit, an filiusfamilias sit, Iulianus libro duodecimo cessare Senatusconsultum ait: vtputa in pupillo, vel minore viginti quinque annis. Sed in minore causa cognita, & à prætore succurrendum. In pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia non sit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo.

SI filiusfamilias crediderit, cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia nō sit, quamuis liberam peculij administrationem habuit. non enim perdere ei peculium pater concedit, cùm peculij administrationem permittit. & ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.

Ad §. 2. *Proinde.*

RAT. DVB. Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse, non ignarus condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19 *de regul. iur.* Ergo quisquis pecuniam alij credit, priùs scire ac diligētet exquirere debet, an filiofamilias credat, an patrifamilias, nec audiendus est, si alleget non potuisse se scire, an filiusfamilias esset, an paterfamilias.

DEC. Ignorantia non tantùm facti, sed etiam iuris in minore annis vigintiquinque semper tolerabilis est *l. regula* 9. *infr. de iur. & fact. ignor. l. vlt. Cod. eod. l pen. C. de minor.* Multo magis in pupillo cuius ætas ignorat, etiam illa quæ videt *l.* 1. *C. de falsi monet.* Ergo si vel pupillus vel etiam minor pecuniam filiofamilias maiori crediderit, non debet ei nocere Senatusconsultum, magísque ætatis quàm Senatusconsulti ratio habenda est, vt in *l. verum* 11. §. *vlt. supr. de minor.* Sed in minore tamen non vsquequaq; verum est, succurrendum ei esse, sed causa cognita, vt hîc Vlpianus adiicit, & à Prætore non à iudice, qui cognoscit inter minorem & filiumfamilias, qui pecuniam mutuam accepit: de causis enim minorum solus Prætor cognoscit, siue de in integrum restitutione, siue de qua alia rē tractetur; neque ex edicto de minoribus actio vel cautio vlla proficiscitur, sed totum id pendet ex cognitione Prætoris *l. quod si minor.* 24. §. *vlt. eod. titul. l. nam postequàm* 9. §. *si minor. supr. de iureiur. l. sed si pupillus* 11. §. 1. *supr. de institu. act.* Causæ autem cognitio in hoc versabitur, an minor sciuerit, an ignorauerit filiumfam. illum esse, cui pecuniã credidit: etsi enim præsumitur ignorãtia in minore, vt Bartol. hic notat, admittit tamen ea præsumptio probationē in contrariũ, quia iuris tãtũ est, non etiã de iure: igitur causę cognitio aliqua hic necessaria est, sed quę probatione onerat eũ qui dicit pecuniã à minore creditã esse illi, quē filiũfa. sciebat

in aliis aliud est: probare enim creditor debet neque sciuisse se, neque scire potuisse an filiusfamilias esset ille cui pecunia credebatur. Pupillus autem & à mino e distat, & à cæteris in eo quod si mutuam pecuniam filiofamilias dederit, neque oneratur probatione, quod nec sciuerit, nec scire potuerit filiumfamilias eum fuisse, neque timet ne contra eũ probetur scientia, quæ etiamsi probaretur, nihil tamen ei noceret propter fauorem ætatis pupillaris, nec si pupillus doli capax proponeretur, vt in *l. 3. §. vlt.* vbi diximus *supr. de tribu. act. l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* Quamquam alia & fortior ratio est, ob quam dicendum sit Macedonianum pupillo obstare non posse, quia scilicet credendo pecuniam sine authoritate tutoris, non facit eam mutuam quandoquidẽ non facit accipientis: cùm nihil alienare sine tutoris authoritate pupillus possit *§. nunc admonẽdi inst. quib. alien. licet vel non l. obligari 9. infr. de author. tut.* Et hanc rationem à Iuliano prætermissam esse Vlpianus hîc miratur, cùm in specie diuersa quidem, sed dubitabiliore idem Iulianus *lib. 12. Digestorũ* benè docuerit cessare Senatusconsultum, id est, si filiusfamilias etiã habens à patre liberam peculij administrationẽ filiofamilias pecuniam crediderit, non alia ratione, quàm quia neque hoc casu mutua fiat pecunia: est autem hic casus ideò dubitabilior, vt dixi, quoniam non tantùm filiusfamilias, sed etiam seruus si liberã peculij administrationem habeat alienare res & pecunias peculiares potest *l. si cõuenerit 18. §. vlt. & l. seq. supr. de pignor. act.* In eóque plus iuris habet, quàm pupillus, de quo proximè diximus qui nullũ alienandi absque tutore ius habet: sed decidendi ratio est, quàm idem Iulianus adferebat, quod pater qui filiofamilias liberam peculij administrationem permittit, non ideò concedat ei quicquam ex peculio perdere, quomodo idem Vlpianus noster ratiocinatur in *l. filiusfamilias 7. §. item videamus infr. de donat. & Caius in l. contra 28. § si filius supr. de pact.* perdit autẽ non tantùm qui donat, vt in *d. §. item videamus*, sed etiam qui credit filiofamilias, cùm propter interdictum Senatusconsulti Macedoniani nullam ex eo mutuo actionem efficacem sit habiturus: impeditur ergo hoc casu alienatio dominij pecuniæ creditæ quòd summopere notandum est, non propter authoritatem Senatuscõsulti, vt euenit in prædiis minorum *l. prædia 8. l. si quidem 11. C. de præd. minor* [nec enim Macedonianum impedit, ne is qui credit filiofamilias, faciat nummos accipientis,] sed defectu voluntatis in persona patris, qui alienandi potestatem hoc casu nullam filio dedisse intelligitur, & sine cuius tamen voluntate nihil alienare filiusfamilias potest: superest ergo, quod hîc subiicit Vlpian. ex Iuliano, vt saluam pater habeat vindicationem nummorum, quos filiusfamilias filiofamilias credidit, tanquam quorum dominium in accipientẽ, nec transierit, nec transire potuerit *l. rogasti 11. § vlt. suprà de reb. credit.* Potest enim quilibet vindicare, quod suum est *l. Quintus 27. § argento de aur. & argent. legat.* Hoc ita si nummi extent, nã si consumpti sint, condictio necessaria est, vt & in *l. sed si paterfamilias 9. §. 1. infr.* Planè si pater agat ex contractu filij, & mutuam pecuniam petat, alij filiofamilias creditam, dubitãdum non est, quin hoc ipso ratum contractum habeat, & ita mutuum conualescat, vt proinde Macedoniani exceptio locum hîc habere non possit *l. vlt. C. hoc tit.* & ita benè hîc Accursius notat.

3 ¶ Is autem solus Senatusconsultum offendit: qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit: puta vendidit, locauit, vel alio modo cõtraxit. nã pecuniæ datio perniciosa parẽtibus eorum visa est. & ideò etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeraui: & si stipulatus sim, licèt cœperit esse mutua pecunia[a]: tamen, quia pecuniæ numeratio non occurrit, cessat Senatusconsultum, quod ita demùm erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata: vt, qui credere non potuit, magis ei venderet, vt ille rei pretium haberet in mutui vicem.

Ad §. 3. Is autem solus.

RAT. DVB. Quod vna via facere prohibitum est, alia fieri non debet, ne alioqui facilè fraus fiat legi & Senatusconsulto *l scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor. l. magis puto 5. § si pupillus infr de reb. eor. qui sub tutel.* ergo quod Senatusconsulto Macedoniano prohibitum est, ne cui filiofamilias pecuniam credere liceat, non tantùm ad mutui contractum, & ad numerationem referendum est, sed ad omnem omnino contractum, qui cum filiofamilias ineatur, præsertim cùm Senatuscõsultum locutum sit de pecunia credita, cuius appellatio generalis est: nam verbis quoque credimus, nec minùs cæterarum rerum nomine quę in pondere & mensura consistunt, quàm pecuniæ nomine in creditum ire possumus *l. 2. §. 1. & §. vlt. supr. de reb. credit.* DEC. Quod Senatusconsulto Macedoniano inductum est, vt filiofamilias credere non liceat, non ad verba referendum est, sed ad solam realem numerationem *l. prox. inf.* sola enim pecuniæ datio & numeratio parentibus perniciosa esse visa est, non cæteri etiam contractus. vt Vlpianus hic scribit, siue quòd pecunia fragilis & lubrica res sit *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3.* ac proinde quàm filiusfamilias qui mutuam accepit, amittit faciliùs, siue potiùs quòd procliuiores sint homines ad mutuam pecuniam accipiendam, si modò creditorem inueniant, quam ad alios contractus ineundos, præsertim qui sint vltro citróque obligatorij, vt sunt contractus emptionis, locationis, & similes: maximè verò ij qui luxuriæ dediti sunt, & prodigalitati: sola enim pecunia numerata in eas res commodum vsum præbet, ideóque tanto magis fuit prohibenda, non cæteri etiam contractus, nisi in fraudem Senatusconsulti excogitati probentur. Fieri enim

enim potest, vt qui mutuam pecuniam filiofamilias vult, nec tamen propter Senatusconsultum audet credere, colorem quærat emptionis, & fingat se filiofamilias vendere, vt ille precium habeat in mutui vicem: quicquid enim in Senatusconsulti fraudem excogitatum videri potest, ratum haberi non debet *l. quidam 29. §. 1. infr. ad SC. Velleian. l. contra legem 29. & seq. supr. de legib.* ergo si aliter quàm mutua data pecunia cum filiofamilias cōtractum sit nullo fraudis consilio interueniente, Senatusconsulto locus non erit *l. 3. Cod. hoc tit. l. item si 7. in princip. l. si quod alij 13. infr.* Planè nec omnis numeratio pecuniæ creditæ interdicta est: quid enim si filiusfamilias non sibi, sed patri mutuam pecuniam acceperit? Aut quid si sibi quidem, sed tamen in rem patris eam verterit? nam & hoc casu patri eam accepisse videtur: ergo & his casibus cessabit Senatusconsultum *l. item si 7. aliàs l. sed Iulianus §. proinde infr. hoc tit.*

a *Licèt cœperit esse mutua pecunia.* Accursius noster sic intelligit, quasi pecunia deducta fuerit in confessionem mutui, quæ tamen ex alio contractu & ex alia causa debebatur, hoc malè: ponit enim Vlpianus stipulationem interuenisse ante numerationem pecuniæ creditæ, quomodo interuenire solet aut ante aut post, vt tantò fortiùs obligetur debitor ex causa stipulationis non mutui, quod cùm euenit vnicus quidem contractus est isque stipulationis non mutui *l. si ita fuero 6. § 1. & l. seq. infr. de nouat.* sed tamen pecunia iam tùm incipit esse mutua, cùm stipulatio interponitur, quia verbis quoque credimus, & per stipulationem, vt proximè dicebamus ex *l. 2. §. vlt. supr. de reb. credit.* nec ideò tamen locus adhuc fit Senatusconsulto Macedoniano, quia vt subiicitur in *l. sequ.* quod vulgò dicitur filiofamilias credi non licere non ad verba, sed ad numerationem referendum est, neque tam promissio quàm numeratio pecuniæ facta filiofamilias perniciosa esse parentibus visa est, quandoquidem non promissio, sed numeratio sola illa est, quæ peccandi materiam malis moribus subministrat. Proinde siue numeratio secuta sit, posteaquā factus est filiusfamilias sui iuris, neque Senatusconsulti, neque alia exceptio vlla locum habere poterit *§. prox. inf.* origine scilicet inspecta, inquit Accursius, quæ semper inspicienda est, *d. l. 3. C. hoc titul. l. qui id quod 33. infr. de donat. l. tutor. 69. de fideiuss.* siue nulla vnquam sequatur creditori agenti ex ea stipulatione exceptio quidem Macedoniani non oberit, sed obstabit tamen doli mali, quasi interposita stipulatione sine causa *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Numerationem enim aut præcedere aut sequi tandem oportet implendæ stipulationis gratia, quæ alioquin inanis & vacua inueniretur *l. cùm enim 7. in fin. de nouat.* sed hoc quoque ita intelligendum est, vt statim sequitur in textu, si nihil in fraudem Senatusconsulti factum probetur: nam si is qui filiofamilias credere nōn potuit, magis ei vendiderit, vt precium haberet ille in mutui vicem, quamuis nulla numeratio interuenerit, Senatusconsultum tamen obstabit, quoniam pecunia ex causa precij quæsito colore debita, potiùs ex causa mutui numerata esse intelligitur, inspecto eo quòd actum est, potiùs quàm quod simulatè cōceptum, *tot. tit. C. plus valer. quod agit.* Breuique manu perinde habendum est, ac si filiusfamilias pecuniam pro rei emptæ precio debitā soluisset, tùmq; mutuam eandem pecuniam ab eo accepisset: nam & eo modo contrahi mutuum potest *l. rogasti 11. in princip. supr. de reb. credit.* quod si potiùs hoc quoque casu deductā esse pecuniam in stipulationem sub cōfessione mutui vt in alia specie suprà ex Accursio posuimus, nō tam fraudem Senatusconsulto excogitatam fuisse dicendum esset, quàm apertè factum esse contra Senatusconsultum, habita scilicet mutui mentione, & concurrente actu qui numerationi æquipolleat: non enim necessaria est numeratio pecuniæ, vt nec alterius rei vllius traditio ad transferendum dominium eius rei quæ penes alium iam sit; & remaneat ex domini voluntate *l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acquirend. rer. domin. §. interdum institut. de rerum diuis.*

4 ¶ Si à filiofamilias stipulatus sim, patrifamilias facto crediderim: siue capite deminutus sit, siue morte patris, vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus: debet dici, cessare Senatusconsultum: quia mutua iam patrifamilias data est.

Ad §. vlt. Si à filiofamilias.

RAT. DVB. Cùm quis à filiofamilias mutuam pecuniam stipulatus, nulla dùm tamen interueniente numeratione, posteà eidem patrifamilias facto pecuniam numerauit, siquidem per capitis diminutionem sui iuris factus est, puta per emācipationem mirum non est cessare Senatusconsultum, quasi hodie alius hic sit, quàm à quo creditor stipulatus fuit. Capitis enim diminutio ita mutat statum, vt qui capite minuitur, alius homo esse videatur *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de cap. minut. l. seruum 27. in fin. de adim. legat.* at cùm nulla capitis diminutio interuenit, & nihilominus filiusfamilias fit sui iuris, vtputa patre mortuo, vel quod effectu idem est in seruitutem redacto vel deportato, aut si ius nouum inspicias filiofamilias ad eam dignitatem erecto quæ eum liberet à patria potestate ex *Nouell. 81. constit. qua dignit. & Episcop. liber. fil. patr. potest.* nihil est propter quod is, cui iàm patrifamilias facto numerata est pecunia, quam, cùm adhuc filiusfamilias esset, promiserat, alius homo videri debeat, quàm qui erat promissionis tempore: & consequenter, cùm quæritur an in filiofamilias promissore cui iam patrifamilias facto pecunia numerata est, Senatusconsulto locus esse possit, necessaria videtur distinctio, an per capitis diminutionem, an aliter factus sit sui iuris, vt priore quidem casu spectetur tempus numerationis, posteriore verò tempus promissionis, initio scilicèt inspecto *argum. l. 3. §. scio supr. de minor. d. l. 3. Cod. ad SC. Macè. l. qui id quod 33. inf. de donat. l. tutor 69. inf. de fideiuss.*

DEC. Nihil fit cōtra Senatusconsultū quoties filiofamilias pecunia verbis tantū creditur, quia vt subiicitur in *l. seq.* prohibitio credendi per Senatusconsultum facta non ad verba, sed ad numerationem referri debet: sola enim datio & numeratio

pecuniæ creditæ non etiam promissio perniciosa parentibus esse visa est, vt diximus in §. præcedente. Proinde non cui promissa sit pecunia inspiciẽdum est, sed cui numerata, vt si filiofamilias promissa sit: numerata autem ei qui numerationis tẽpore quomodo paterfamilias factus reperiatur, Senatusconsulto locus non sit: quemadmodum è contrariò pecunia credita & numerata filiofamilias, non eo minùs inducit Macedonianum, quod promissa ei fuisset antequàm filiusfamilias fieret *l. cõtra 6. inf.*

4. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

QVia quòd vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.

Ad l. Quia quod vulgo 4.

RAT. DVB. Numeratio fit in consequẽtiam promissionis factæ spe futuræ numerationis, ne alioqui promissio sine causa facta esse videatur *l. cùm enim 7. infr. de nouat.* Ergo verbis quoque creditam esse pecuniam sufficit, vt locus sit Macedoniano: quasi parum referat, quo tempore secuta sit numeratio, cùm promissio præcessit, quæ faciendæ numerationis causam & necessitatem posteà dederit *l. 1. inf. qui potior. in pignor. hab.* DEC. Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo ei se obstringat *l. qui pecuniam 30. supr. de reb. credit.* Ergo non tam promissionis factæ tempus inspiciendum est, quàm secutæ numerationis, maximè cùm quæritur de SC. Macedoniano, quia sola datio & numeratio pecuniæ nõ etiam promissio perniciosa esse parentibus visa est, vt diximus in præcedentibus ex *§. pen. l. prox. supr.* & quãuis Senatusconsultũ credendi verbo vsum sit, quod generale est, & verbis quoque creditam pecuniam comprehendit *l. 1. §. vlt. eod. ill. tit.* in proposito tamen & secundum subiectam materiam restringendum est ad numerationem: nec enim nouum est in libris nostris, vt nomẽ generis ad certam speciem restringatur, vt Accursius noster hîc notat ex *l. 1. §. 1. supr. de adopt. d. l. 1. §. 1. de reb. credit. § sed quoties inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Cùm verò hæc lex rationem contineat eius, quod scriptum est in *§. vlt. legis præcedentis*, referenda est vtique ad *d §. vlt.* quamuis possit etiam referri ad id quod scriptum est in *§. penultimo versicul. & ideo*, vt & Accursius putat. Vtriusque enim loci si non eadem prorsus sententia, eadem tamen ratio est.

5. PAVLVS libro 2. Quæstionum.

ERgo hic & in solidum damnabitur, non id, quod facere potest.

Ad l. Ergo hic 5.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui contraxit, eo tempore quo erat in patris potestate, licèt posteà fiat sui iuris quoquomodo, id est, siue aliqua, siue nulla capitis diminutione interueniente, non tamen in solidum condemnari potest, sed in tantum duntaxat, in quantum facere potest *l. 2. supr. tit. prox. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Ergo si filiusfamilias pecuniam sibi verbis creditam promiserit, quamuis eidem patrifamilias iam effecto pecunia numerata sit, in solidum tamen damnari non debet, sed duntaxat quatenus facere potest. DEC. Filiusfamilias hoc casu non ex promissione tenetur, sed ex numeratione quæ ei iam patrifamilias effecto facta est, vt dictum est in legibus præcedentibus. Ergo non in quantum facere potest, sed in solidum damnari debet, soli enim filiofamilias id priuilegium datum est, & quidem si patri heres non sit cum effectu *dict. l. 2. §. vlt. l. 3. in fin. & l. 4. suprà titul. prox. l. si ex alio 9. Codice eod. ill. titul.*

6. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

COntra etiam rectè dicitur, si à patrefamilias stipulatus sit, credas posteà filiofamilias facto, senatus potestatem exercendam: quia expleta est numeratione substantia obligationis.

Ad l. Contra etiam 6.

RAT. DVB. & DEC. eadem, quę ad leges præcedentes, quamuis contrarius hîc casus proponatur. Id enim est quod dici solet, contrariorum eandem esse rationem: nam quæ ratio facit, vt Senatusconsultum Macedonianum non habeat locum in filiofamilias, cui iam patrifamilias effecto numeratio facta est, quamuis promissionis tempore filiusfamilias fuerit, eadem facit, vt locum habere debeat in eo qui paterfamilias promisit, si posteà per adrogationem filiusfamilias factus pecuniam creditam acceperit, nempe quia inspiciendum est tempus, quo expletur substantia obligationis & stipulationis, id est, tempus quo fit numeratio, quæ scilicet implendæ stipulationis gratia fieri intelligitur *l cùm enim 7. infr. de nouat.* Rursum quæ ratio dubitandi facere videbatur, vt promissionis tẽpus inspici deberet potiùs quàm numerationis ad inducendum Macedonianum, cùm creditor stipulatus est à filiofamilias, & patrifamilias credidit, eadem suadebat, vt in casu contrario cùm filiofamilias pecunia numerata est, quæ à patrefamil. promissa fuerat, Senatusconsulto locus esse non deberet, contrà quàm scriptum sit in hac lege.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ITem si filiusfamilias fideiusserit, Neratius libro primo, & secundo responsorum cessare Senatusconsultum ait, idem Celsus libro quarto.

Sed

SEd Iulianus adiicit:[a] si color quæsitus sit, vt filiusfamilias, qui mutuã accepturus erat, fide iuberet alia reo dato: fraudem senatusconsulto factam nocere: & dandam exceptionem tam filiofamilias, quàm reo. quoniam & fideiussori filij subuenitur.[b]

Ad l. Item si filiusfamilias 7.

RAT. DVB. Inuenta erit ratio fraudandi facile Senatusconsulti, si permittatur filiofamilias pro alio fideiubere mutuam pecuniam accipiente: quid enim facilius, quàm reum qui fortè pro filiofamilias fideiussurus erat subiicere, vt se tanquam reum obliget: filius autem familias qui pecuniam pro seipso accepturus est, obliget se tanquam fideiussorem pro alio, vt in specie quæ statim ex Iuliano tractabitur: ergo si filiusfamilias pro alio alio fideiusserit, nõ est dicendum cessare Senatusconsultum, vt quantũ fieri potest, omnis via fraudib. Senatusconsulti præcludatur *arg. l. scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor. l. magis puto 5. §. si pupillus infr. de reb. eor. qui sub tutel.*

DEC. Senatusconsultũ de solo contractu mutuæ pecuniæ locutum est, non etiam de cæteris contractibus, in quibus proinde seruandum est ius commune, quod ante Senatusconsultum obtinebat, vt eos contractus inire filiusfamilias liberè ac licitè possit *l. 3. §. is autem solus suor* quidni ergo pro alio quoque fideiubere poterit etiam sine patris voluntate? quomodo & pro patre ipso posset *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias inf. de fideiuss.* Nam etsi quod alij mutuum datũ est à filiofamilias nouandi animo, quis stipuletur, constat Senatusconsultum non esse impedimento *l. si quod alij 13. infr.* Sed hæc ita, nisi fraus Senatusconsulto facta sit; tunc enim aliud probandum erit *d. §. is autem solus in fin.* vbi diximus, sed fraudem allegari non sufficit, nisi ab eo qui allegat, probetur: aliud enim est fraudem factam esse, aliud verò fieri posse, nec valet argumentum à *Posse* ad *Esse*, nisi cùm fraudis præscriptio à iure ipso inducitur ex omissione solemnitatum quas pro certa forma lex aliqua, vel statutum præscripserit, vtputa si is qui heredem se dicit, cum beneficio legis & inuentarij, vel nullum inuentarium fecerit, vel aliquod, sed minùs solemne, nõ vocatis fortasse iis quorũ maximè ac potissimùm intereat, *l. vlt.* vbi Bartol. Bald. Castr. & omnes notant *C. de iur. delib.*

a *Sed Iulianus adijcit.* RAT. DVB. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis *l. Ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3. l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Ergo non est quærendum, an filiusfamilias qui se Titij fideiussorem scripsit reus ipse sit, an Titius, & contrà, an Titius fideiussor sit, qui se reum scripsit, cùm rei ac fideiussoris & diuersa sint nomina & diuersæ obligationes, *arg. l. si idem 7. C. de codicill. l. Labeo 7. infr. de supellect. legat.*

DEC. Plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur, vt est in *rubri. Cod.* Ergo si color quæsitus sit, vt filiusfamilias qui mutuam pecuniam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, non tam habendus est filiusfamilias pro fideiussore, quã pro reo, cùm pecunia ad eum peruenerit hoc acto inter eum & creditorem, vt ad ipsum perueniret, & vicissim reus datus, non tam pro reo quàm pro fideiussore, ac proinde si appareat colorem illum quæsitũ esse, fatendum est fraudem Senatusconsulto factam fuisse à creditore, dandámque contra eum exceptionem Macedoniani tam filiofamilias quasi reo, quàm reo tanquam fideiussori, quoniam non tantùm filiofamilias, qui mutuam pecuniam accepit, sed etiam fideiussoribus filij ex Senatuscõsulto subuenitur *l. sed si paterfamilias 9. §. non solum infr. sic in l. quamuis 8. §. si cùm essem infr. ad SC. Velleian. l. item si cùm 14. §. Labeo supr. quod met. caus.*

b *Quoniam & fideiussori filij subuenitur.* RAT. DVB. Senatusconsultum de filiofamilias duntaxat locutũ est, non etiam de ipsius fideiussore: ergo ad fideiussorem extendi non debet, quandoquidem non facilè debet fieri extẽsio de persona ad personã, quãuis de casu ad casum facilius fiat ex identitate, vt aiunt, rationis ex *l. Gallus 29. §. & quid si tantùm de liber. & post. l. mulier 22. ad SC. Trebell.* nec persona suppleri vnquam debet *l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus in fin. de verb. oblig.* DEC. Cùm lex aut Senatusconsultum alicui personæ succurrit, necesse est vt etiam fideiussorib. eius subueniatur, quia cùm regressum aduersus reum habituri sint, fieret alioqui vt inutile ac inane esset beneficium, quod principali personæ tribueretur *l. cùm lex 46. iunct. l. Marcellus 25. infr. de fideiuss. d. l. si paterfam. 9. §. non solum infr. hoc tit.* vbi dicemus *d. l. item si cùm 14. §. Labeo supr. quod met. caus.*

1 ¶ Idem ait, si duos reos accepero, filiumfamilias & Titium, cùm ad filiumfamilias esset peruentura pecunia: ideò autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatusconsulti vteretur: vtilem esse exceptionem aduersus fraudem dandam.

Ad §. 1. Idem ait, si duos reos.

RAT. DVB. Cùm plures correi debẽdi facti sunt, non inspicimus an vni eorum duntaxat, an omnib. numerata sit pecunia, quasi solus ille cui numerata est, pro reo habendus sit, alius verò pro fideiussore, vt vulgò interpretes nostri putant; contra quos disputauimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1.* sed dicimus teneri singulos in solidum perinde ac si singuli solidam pecuniam accepissent *l. si non singuli 5. C. si cert. pet. l. propter mutuam 4. C. de duob. reis.* Alioqui nunquam tenerentur in solidum cùm fieri nequeat, vt eadem pecunia in solidum ad singulos perueniat, non magis quàm vt eiusdem rei plures sint domini in solidum *l. 5. §. si duobus vehiculum supr. commod.* Ergo si duos reos accepero filiumfamilias, & Titium, quamuis pecunia tota ad filiumfamilias solum peruenerit, non ideò tamen statim consequens est, vt filiusfamilias pro reo habendus sit, potiùs quàm pro fideiussore, & vt dicendum sit fraudem Senatuscõsulto factam esse: ne aliter eueniat, vt filiusfamilias ex causa pecuniæ creditæ correus debendi cum patrefamilias constitui non possit, quin tota obligatio etiam ex parte & persona patrisfamilias per Senatusconsul-

rum infirmetur, quod nusquam scriptum est, & apertè falsum probatur ex hoc §. Dic. Multùm refert, an filiusfamilias acceptus sit, correus debendi cum patrefamilias simpliciter & bona fide, an verò vt color fraudis cõtra Senatusconsultum quæreretur. Priore casu siue filiofamilias soli pecunia numerata sit, siue soli patrifamilias, tenetur vtroq; casu paterfamilias, quia in neutro habetur pro fideiussore filijfamilias, sed pro principali correo debendi: ipse verò filiusfamilias non tenetur, neq; tanquam reus principalis propter Macedonianum, neq; tanquam fideiussor correi, quia correi debendi non censentur vice mutua fideiubere, vt hîc locus omnium optimè probat, & *l. reos 11. in princ. infr. de duob. reis.* Denique filiusfamilias non potest fieri correus ex causa pecuniæ creditæ, quin Senatusconsultum offendatur, nisi in casib. exceptis, at posteriore casu neuter tenetur, non filiusfamilias propter Senatusconsultum, non paterfamilias propter fraudem Senatusconsulto factam, cùm non alia de causa creditor qui id agebat, vt filiofamilias soli crederet, Titium correum debendi acceperit, quàm ne is auxilio Senatusconsulti tanquam filijfamilias fideiussor vteretur: ex quo apparet manifestissimè, vt iá dixi, correum debendi nullo casu habendum esse pro fideiussore, ne tum quidem cùm pecunia ad alterum correum debendi tota peruenit: ergo posteriore hoc casu exceptio Senatusconsulti danda erit Titio contra fraudem, tanquam fideiussori filijfamilias, non tanquam correo.

2 ¶ Sed & si filiusfamilias, patre suo relegato, vel lõgo tempore absente, dotẽ pro filia promiserit, & rem patris pignori dederit: Senatusconsultum cessabit: patris tamen res non tenebitur [a] planè, si patri heres exstiterit filius [b] & pignus persequatur, exceptione doli summouebitur.

Ad §. 2. Sed & si filiusfamilias.

Rat. dub. Paternum officium est dotare filiam *l. capite 19. inf. de rit. nupt. l. vl. C. de dot. promiss.* Ergo si filiusfamilias pecuniã mutuam ab aliquo acceperit, vt eam in dotem pro filia sua daret, perinde locus esse debet Senatuscõsulto, ac si in aliam causam accepisset: quasi in suam potiùs quàm in patris rẽ acceperit. Quod enim pater sit relegatus aut longo tẽpore absens non eximit filium à patria potestate *§. relegati instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* nec proinde potest impedire quominus Senatusconsulto locus sit.

Dic. Cessat Senatusconsultum, quoties filiusfamilias pecuniam quam mutuam accepit in rem patris vertit, siue ab initio patri, siue sibi acceperit, quia in eo sicut nihil fit in perniciem patris, ita neque contra mentem Senatusconsulti *§. proinde infr.* Atqui in rem patris vertitur pecunia quam filiusfamilias dat pro dote filiæ suæ, quia & huius dotis onus ad patrem pertinet, non minùs quàm vt filiam suam dotet *l. & ideò 7. §. vltim. cum seqq.* vbi dicemus *infr. de in rem ver. l. dotem 6. infr. de collat. bonor.* & quamuis mortua in matrimonio filia post mortẽ aui, dos ad patrem non ad heredes aui redeat *d. l. dotem*, si tamen viuo auo neptis in matrimonio sine liberis moreretur, dos ad auum superstitem vtique rediret: quod sufficere debet, vt in rem patris pecunia versa esse videatur, quę in eam dotem conuersa est, vt argumentatur Paulus in *l. filiusfamilias 17. infr. hoc titul.* ex qua lege apparet verum esse quod Accursius hîc notat, nihil referre, an filiusfamilias pecuniam, quã mutuam accepit, in dotem dederit pro filia sua, an pro filia patris sui: etsi prior interpretatio magis conuenit verbis huius §. nec enim tam propriè diceretur filiusfamilias dotem dedisse pro filia, quàm pro sorore, si dedisset pro filia patris sui, vt in *d. l. filiusfamilias.* Distinctio tamen hîc necessaria videtur, Vlpianus, Paulus & Iauolenus adhibẽt in *d. l. & ideò 7. §. vlt. cum duabus seq. infr. de in rem vers.* an filiusfamilias eam dotem dederit pro filia sua quasi negotium patris gerens, an quasi suum, & an pater eam dotem & quidem tantam daturus fuerit, an nullam aut minorem, fortassis propter delicta filij, vt in specie *l. 3. §. si emancipatus 5. infr. de bonorum possess. contr. tabul.* eadem enim hac parte ratio constituenda est Senatusconsulti Macedoniani & actionis de in rem verso, quia nec alia causa est, cur Macedoniano in hac specie locus non sit, quàm quod pecunia filiofamilias credita in rem patris versa esse intelligatur *d. l. filiusfamilias*, quamuis faciliùs inducatur exceptio Macedoniani quàm actio de in rem verso, quia ad inducendam exceptionem sufficit, vt quoquomodo versa sit pecunia in rem patris, licèt alia mente fuerit accepta & credita *dict. §. proinde.* In actione autem de in rem verso requirimus pecuniam ideò acceptam esse, ac ea mente, vt vel in rem patris aut domini, vel saltem in peculium verteretur *l. 3. §. 1. in fin. & §. sed si sic accepit l. si res 5. §. vlt. infr. de in rem vers.*

a *Patris tamen res non tenebitur.* Mallem legere *tenebuntur*, de rebus enim patris in plurali numero Vlpianus priùs locutus fuerat. Rat. dub. Contractuum omnium causa indiuidua est, hactenus saltem, vt pro parte valere non possint, & pro parte non valere, ne alioqui decipiatur is qui pro parte contracturus non fuit *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. cùm ex causa 139. de verborum obligat. l. si quis aliam 46. de solut. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Atqui nis qui filiofamilias mutuam pecuniam credidit ad dotem pro filia dandam, ex eáque causa res patris pignori accepit, non erat verisimiliter daturus pecuniam sine pignore, cùm non aliter in tuto rem collocare posset, ergo non est decipiendus: quod fieret si personalem quidem actionem ei demus contra filiumfamilias, pignoratitiam verò & hypothecariam siue actionem siue exceptionem in rebus patris quas à filio pignori vel hypothecæ acceperit, eidem denegemus, *argument. l. si extraneus 9. suprà. de condict. caus. dat. l. purè 5. §. penultim. infr. de dol. mal. except.*

Dic. Facilius est vt quis contrahendo se obliget, quàm vt etiam res alienas det pignori: obligatio enim pignoris rem ipsam pignoratam afficit, ideóque non ab alio, quàm ab ipso domino contrahi potest, aut ab eo qui cùm dominus non sit, domini

mini tamen voluntatem habeat *l.1.& tot.tit.Co.si alien.res pignor.dat. sit l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr.de pignor.* ergo non potuit filiusfamilias, qui in proposita specie contraxit patre ignorante, licèt in rem & vtilitatem patris, paternas tamen res pignori date, & debet imputare sibi creditor, qui cum filiofamilias sine patris voluntate contraxit, & ab eo res patris ignorantis pignori accepit: nam etsi iussu patris filius mutuam pecuniam accepisset, nec tamē de pignore dando pater consensisset, idem iuris esset *l.dominum 3. infr. quod iuss.* nec ideò deceptum se cōqueri creditor potest, cū se ipse decepit, cū sciuerit aut scire debuerit, res patris ignorantis à filiofamilias obligari non posse, ne tum quidem cùm licitè ac Senatuscōsulto permittente cōtraxit *arg.l.nam si fuit 26.supr.de rei vindic.l.filiusfamilias 11. infr. de solut.* Excipiendus est elegans casus *l Pomponius 5. aliàs l.si gratuitam §.vlt infr. in quib.caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* si is cuius bona à debitore fuerāt obligata, pro eodem debitore posteà fideiubeat: videtur enim hic fideiubēdo etiam bonorum suorum obligationem mandasse, vt ibidem scriptum est, sed is casus ab eo qui hic proponitur longè diuersus est, vt benè obseruat Accursius.

b *Planè si patri heres extiterit filiusfamilias.* RAT. DVB. Conuentio pignoris quæ ab initio non valuit, conualescere ex postfacto non potest. Ex regula *l quod ab initio 29. de regul. iur.* Atqui pignus à filiofamilias constitutum in rebus patris ignorantis non valuit, vt proximè diximus, ergo non ob id solum potest conualescere, quod idem filiusfamilias qui eas res pignori dedit posteà heres patri extiterit.

DEC. Multùm refert, an ille ipse qui rem alienam pignori dedit, posteà dominus eius factus sit, siue quod domino heres extiterit, siue qualibet alia ratione, an verò dominus eius rei, quæ ab alio pignori data est, extiterit heres ei qui dedit. Priore casu conualescit pignus hactenus, vt non directa quidem, sed vtilis tamen pignoratitia detur creditori, cùm is qui conuenit de pignore improbè resistat, quominùs vtilis actio moueatur, quandoquidem ex mendacio suo arguitur, vt Paulus ratiocinatur in *l. rem alienam 41. suprà de pignorat.action.* Posteriore autem casu, si Paulo credimus, aliud est, non etiam si Modestino, qui eò quoque casu pignoratitiam actionem creditori accommodat in *l si Titio 22.infrà de pignor.* Prior casus ad quæstionem huius §. pertinet, in quo tractatur de filiofamilias qui postquàm patri heres extitit, vindicationem persequatur earum rerum, quas ille ipse pignori dederit, nec tamen de pignoratitia vtili contra eum danda Vlpianus hic loquitur, sed tantùm de exceptione, quæ semper faciliùs conceditur, tùm quoque cùm pignus, nec per directam, neque per vtilem actionem vindicari potest *l.1.in fine principij eodem titul.de pignor.* Facilius enim est, vt possidenti detur exceptio & retentio, quàm non possidenti vindicatio, vt ibi Papinianus scribit. Exceptio autem quæ in hac specie contra filiumfamilias datur, non pacti est, quamuis filiusfamilias ipse pactus fuerit, quia pactum inutile fuit, sed doli, quia dolo malo facit filiusfamilias, qui aduersus proprium factum venit captata iuris ciuilis occasione *l. post mortem 25. sup.de adopt. l.1. §. 1.de dol. mal.except. dict l. rem alienam in fin.* quamuis huic filiofamilias obiici non possit, quod Paulus ait in *dict.l. rem alienam*, argui eum ex suo mendacio cùm res patris obligauerit tanquam paternas, non quasi suas cùm viuo patre filiusfamilias extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculij habere vix quicquam potuerit iure Pandectarum *l.lex Cornelia 28.ad fin.infrà de vulg. & pupill subst.* Sed non eo minùs tamen doli exceptione repellendus est, adeóque si quis etiam vtilem pignoratitiam contra eum dandam putauerit, exemplo eius quod Modestinus respondit in *dict.l. si Titio*, is iudicio meo non errauerit, cùm hoc casu non illud solùm concurrat, vt idem sit pignoris dominus, qui pecuniam debet, sed illud etiam vt idem sit dominus qui pignus dedit. Eadem ratio facit, vt etiamsi filiusfamilias contra SC. Macedonianum pecuniam mutuatus sit, si patri heres extiterit, & nummos quos soluerat vindicare velit, quomodo pater vindicare eos posset, si viueret, doli mali exceptione repellatur *l. si nō sortem 26. §. si filiusfamilias suprà de condict.indeb.*

3 ¶ Mutui dationem non solùm numeratæ pecuniæ, verum omnium, quæ mutuo dari possunt, an accipere debeamus, videndum: sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri. ait enim, Senatus, *mutuam pecuniam dedisset*, sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita: puta frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato: vt, his distractis fructibus, vteretur pecunia: subueniendum est filiofamilias.

Ad §. Mutui dationem.

RAT. DVB. Mutui datio consistit non tantùm in pecunia numerata, sed etiam in cæteris rebus omnibus, quæ constant pondere, numero, & mensura *l.2.§.mutui datio suprà de reb. credit.* quia recipiunt functionem in suo genere, vt ibidem scriptum est. Rursum si respicimus ad nomen pecuniæ quo Senatus vsus est, & quo mouetur Vlpianus; certum est pecuniæ nomen esse generale, nec tantùm eas res complecti quę consistunt in pondere, numero, & mensura, vt in *l.talis scriptura 30. de leg.1.* sed omnes quoque cæteras *l.pecunia 178.1.de verborum significationib.l.2.in fin.Codice de constit.pecun.* Ergo nihil causæ est cur mutui dationem quam Senatus in filijfamilias persona prohibuit ad numeratam pecuniam restringere debeamus.

DEC. Legis cuiuslibet ac Senatusconsulti verba, ex mente disponentis interpretationem aut laxiorem aut strictiorem recipiunt, & ex ratione potissimùm quæ legislatorem quisquis ille est, mouit, vt ita disponeret *l. adigere 6. § quamuis infrà de iur. pa-*

tren. *l. cùm pater* 77. *§. dulcissimis de legat.* 2. Atqui mens Senatus non fuit, vt alterius rei quàm numeratæ pecuniæ mutuum prohiberetur, quia & sola pecuniæ numeratæ datio perniciosa parentibus esse visa est *l.* 3. *§. is autem solus*, vbi diximus *suprà*, meritò igitur mutui datio de qua Senatusconsultum locutum est ad numeratam pecuniam restringi placuit, præsertim cùm non pecuniæ tantùm in genere mentionem Senatus fecerit, sed pecuniæ mutuæ, quo nomine sicuti eæ res non continentur, in quas mutuum cadere non potest, id est, quæ in specie consistunt non in genere, ita nec frumentum, vinum, & alia huiusmodi, quæ in pondere ac mensura consistunt, quia licèt æquè ac pecunia numerata in mutuum cadant, nunquam tamen pecuniæ appellatione continentur, cùm de pecunia mutua agitur, ne alioqui confusione nominum inducta etiam confusio rerum fiat, nec sciri possit cuiusnam rei mutuum factum sit, an eius, quæ in numero consistat, qualis est pecunia numerata, an illius, quæ in pondere aut mensura: significantur enim ista omnia aliis nominibus specialioribus, magisque propriis: pecunia autem numerata præsertim mutua, non alio vtique nomine quam pecuniæ, *argument. l. vltim. Codice de legit. tutell. l. si idem* 7. *Codice de codicill.* Si tamen fraus Senatusconsulto facta sit, putà fructibus distractis, id est, frumento, vino, vel oleo, vt filiusfamilias pecunia subinde vteretur, subueniendum est filiofamilias, vt Vlpianus hîc subiicit, protracto scilicet ad hunc etiam casum Senatusconsulti auxilio per æquitatem Prætoris qui nihil ratum habere debet eorum omnium quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, *dict. §. is autem solus*, vbi etiam dubitandi & decidendi rationes attulimus *l. quidã* 29. *in fin. inf. ad SC. Vellcian.*

4 ¶ Si filius in alterius erat potestate, cùm mutua daretur, nunc in alterius: mens Senatusconsulti non cessat. dabitur itaque exceptio.

Ad §. 4. Si filius.

RAT. DVB. Cùm filiusfamilias qui in alterius potestate erat quo tempore mutua daretur pecunia, nunc cùm conuenitur in alterius potestate est, non potest dici cuius fauore Senatusconsulti potestas induci debeat, non illius, qui pater fuit tempore contracti mutui, quia cùm hodie pater non sit, qui iam defunctus est, nihil videri potest eius interesse: non etiam illius qui post patris naturalis mortem, alij se dedit adrogandum, quia tempore contracti mutui pater non fuit, nec in eius perniciem à creditore quicquam cogitari eo tempore potuit: ergo quamuis hoc casu Senatusconsulti verba non cessent, quia verum est filiofamilias creditam fuisse pecuniam, mens tamen Senatusconsulti cessare videtur, cùm non alia ratione motus Senatus fuerit, vt filiofamilias pecuniam credi prohiberet, quàm quòd pecuniæ datio perniciosa parentibus esse videretur *l.* 3. *§. is autem solus suprà.*

DEC. Non mutat condicionem & nomen filijfamilias, is qui patrem tantùm mutat, cùm vtroque tempore & quo contraxit, & quo conuenitur filiusfamilias sit & in alterius potestate. Nihil ergo causæ est, cur Senatusconsulti mentem potiùs quàm verba cessare hoc casu dicamus, cùm Senatus filijfamilias omnibus pecuniam mutuam accipientibus prospectum voluerit, non inspecto eo, an huius vel illius patris filiusfamilias fuerit is, qui contraxit: nam nec valde refert, an huic vel illi patri pecuniæ mutuæ datio perniciem sit allatura; sufficit enim vt afferre possit: potest autem afferre initio inspecto ei primùm, qui pater est contractus tempore, si is pater mansisset: adfert autem reuera ei, qui inuenitur pater eo tempore, quo filius conuenitur.

5 ¶ Sed si patri eius non mors, sed alia causa inciderit, quo minùs sit in ciuitate: dicendum, Senatusconsulto locum esse.

Ad §. 5. Sed si patri.

Sed si patri eius. RAT. DVB. Senatusconsultum locutum est de filiofamilias qui per mortem patris sui iuris factus esset, vt omnes creditores intelligerent, nullo casu fieri posse bonum nomen filijfamilias expectata patris morte *l.* 1. *in princip. suprà.* Ergo si patri non mors inciderit, sed alia causa propter quam desierit esse in ciuitate, fortè quia sit deportatus, aut in metallum damnatus, nouus casus est, nec Senatusconsulti verbis comprehensus, nec proinde ad hunc casum porrigi Senatusconsultum debet, quod altoquin odiosum est, *l. qui exceptionem* 40. *suprà de condict. indeb.* cùm odia sint restringenda, non amplianda, vt habet regula iuris pontificij & *l. cùm quidam* 19. *inf. de liber. & posthum.*

DEC. Mens Senatusconsulti quæ potissimùm spectanda est, facit, vt non alia ratio constituenda sit filijfamilias, qui morte patris, aut qui alio modo liberatus est à patria potestate. Nam si noluit Senatus posse fieri bonum nomen filijfamilias expectata morte patris, quæ tamen & naturali ordine contingit, & ex parentum ipsorum voto *l. nam etsi* 15. *in princip. suprà de inoff. testament. l. scripto* 7. *in fin. infrà, vnde liber. l. filius* 28. *§.* 1. *in fin. infr. de liber. & post.* Quanto magis noluit fieri posse bonum expectata patris deportatione, cùm nec alterius cuiusquam liberi hominis fortunam aduersam expectari oporteat *l. inter stipulantem* 83. *§. sacram de verborum obligationib.* Longéque minor ratio est, vt cesset Senatusconsultum patre deportato quam mortuo cùm pater deportatus, licèt in plerisque pro mortuo habeatur *l.* 1. *§. penultim. de bonorum poss. contr. tabul. l.* 4. *§.* 1. *de bon. libert.* in ciuitatem redire, tamen

tamen & restitui aliquo casu possit *l. intercidit 57. de condict. & demonstr.* non etiam mortuus ad vitam, neque rursus in libris nostris nouum est, vt casus mortis trahatur ad casum deportationis tanquam similem, vbi ratio diuersitatis reddi nulla potest *l. Gallus 29 §. & quid si tantū de liber. & posthum.* Pessimè igitur Accursius noster negat, intelligi debere hunc versiculum de patre deportato, aut qui aliter ciuitatem amiserit, ac ciuis esse desierit, sed de eo tantùm qui per relegationem in ciuitate esse desierit, retento tamen iure ciuitatis, eo prætextu quod filiusfamilias deportati fieret sui iuris, atque ita cessaret in eo Macedonianum. Quasi verò loquatur hîc Vlpianus de filiofamilias, qui mutuam pecuniam acceperit patre iam deportato, ac non potiùs de eo qui ante patris deportationem contraxerit, & cuius patri deportatio post contractum contigerit, dummodo etiam numeratio pecuniæ præcesserit *l. 3. §. vlt.* vbi diximus *supr.* alioqui non posset quæstioni locus esse de Senatusconsulto Macedoniano, si is contraxisset, cuius pater iam ipso contractus tempore aut decessisset, aut deportatus fuisset: neque rursum in ciuitate esse desinit, alius quàm qui amittit iura ciuitatis: nam qui relegatus est, aut peregrinatur, licèt in ciuitate non habitet, in ciuitate tamen esse intelligitur, adeóque ij qui ab hostibus capti fuerūt, si quandoq; redeāt in ciuitatē *9. si ab hostib inst. quib. mod. ius patr. potest.* In ciuitate enim aliquē esse, aut non esse, cùm dicimus, ius ciuitatis non factū habitationis aut præsētiā corporis significamus.

6 ¶ Non solùm ei, qui mutuam dedisset, sed & successoribus eius deneganda est actio.

Ad §. 6. Non solùm.

RAT. DVB. Verba Senatusconsulti Macedoniani eius duntaxat personam demonstrant, qui ipse filiofamilias pecuniam mutuam malo more crediderit *l. 1 sup* vt & in lege Cornelia de captiuis disputat Papinianus in *l pater* o *§. 1. infra, de captiu. & postlim.* legem Corneliam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset: nō ergo debet Macedonianum nocere creditoris heredibus de quibus nec locutū est, & quorum causa non sicut ipsius creditoris, aliquo digna odio videri potest.

DEC. Non potest hereditas transferre in heredem, nisi quod fuit hereditatis *l. §. Scæuola infr. si is qui testament. lib. ess. iuss.* Cúmque hereditas vicem & personam defuncti sustineat *l. non minus 31. §. vlt. infr. de hered. institut.* non potest illa plus iuris habere, quàm defunctus habuerit, nec proinde heres *l. nemo plus iuris 54. l. nemo plus commodi 120. l. aliud est 160. §. vltimo, iunct. l. heredem 59. l. in his 175. §. 1. de regulis iuris*, cùm & heres & hereditas vnius eiusdémque personæ vice fungantur *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* Ergo quæ ratio ei obstat, qui contra Macedonianum credidit filiofamilias, etiam heredibus eius obstare debet, tanquā in defuncti, nō iura, vt ita dicam perinde atq; in iura succedētibus, cùm non nisi per mediam defuncti personam ius habeant, vt vel agere vel conueniri possint, nisi quando actiones ab heredibus aut contra heredes incipiunt *tit. Co. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. l hereditarium 6. infr. quib ex caus. de reb. author. iudic. poss. l. hereditariarum 40. infr. de oblig. & action* quamuis nullo alioquin odio dignus sit heres improbi creditoris.

7 ¶ Proinde & si alius mutuam dedit, alius stipulatus est: dabitur aduersus eum exceptio, licèt hic nō dederit. Sed & si alteruter eorum ignorauit, in patris esse potestate: seuerius dicendum est, vtrique nocere, idem est & in duobus reis stipulandi[a].

Ad §. 7. Proinde & si alius.

RAT. DVB. Si alius pecuniam mutuam filiofamilias dederit, alius autem ab eo stipulatus sit, actio non alij acquiritur quàm stipulatori, quia nec alius quàm stipulationis contractus est *l. cùm enim 6. iunct. §. 1 legis praced. infr. de nouat.* Ergo etiamsi is qui mutuam pecuniam dedit, sciuerit filiumfamilias eum esse cui pecunia credebatur, non tamen debet ea scientia nocere stipulatori, quo minùs pecuniam creditam exigat, si promissorem filiumfamilias ignorauit: nec enim vnius scientia nocere debet, alteri ignoranti extra casus in iure nostro expressos, sicuti factum cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum 155. de reg. iur.*

DEC. Vnus quidem contractus est, & quidem stipulationis, non mutui, cùm alius pecuniam numerauit, alius verò stipulatus est: sed qui pro causa habet numerationem, ne alioqui stipulatio inanis esset, ac vacua tanquam facta sine causa *d. l. cùm enim.* Itaque pars contractus huius est numeratio, pars verò alia quamuis potior, stipulatio. Quemadmodum ergò contractus bimembris est, nec minùs numerationem exigit quàm stipulationem, ita & ignorantiam in vtriusque persona interuenire oportet, vt Macedoniani exceptio locum habere non possit. Malum enim est, quod ex causa etiam partim duntaxat mala fit, sicut è contrario bonum non fit, nisi ex integra causa, & perfecta, vt Diuus Dionysius præclarè dicebat. Aliud namque dicendum esset, si præcessisset contractus mutui, & filiusfamilias deinde alij se delegari passus esset *l. doli 19. iunct. l. si quis delegauerit 12. infr de nouat. & deleg.* nisi delegatio facta esset ex causa lucratiua *l. Iulianus 7. infr. de doli mal except.* vt benè hîc notat Accursius. Cúmque Macedonianum optima illa ratione comparatum sit, vt creditoribus cum filiofamilias contracturis obuiam iretur, benè Vlpianus

scribit non tantùm veriùs, sed etiam seueriùs dicendum esse, vt scientia vnius non tantùm ei nocere debeat, qui sciuit, sed alij etiam qui ignorauit: alioqui fieret, vt prætextu ignorantiæ vnius, scientia alterius impunita remaneret, nec Senatusconsulti authoritate coerceretur, quod esset iniquum, essetque facile improbo creditori contra Senatusconsultum contracturo fraudem comminisci aduersus authoritatem Senatusconsulti subiecta ignorantis alterius, qui stipularetur, persona, quod ne accidat, aut accidere etiam possit cauere diligenter bonus Prætor quibus potest remediis, debet *l. magis puto 5. §. si pupillus infr. de reb. eorum qui sub tutel. l. quidam 29. infr. ad Senatusconsultum Velleian.* Quamuis non sit nouum, vt scientia vnius non noceat alteri nescienti vt in *l. fin. infr. quib. ad libert. proclam. non licet l. liberis 7. §. si duo infr. de liber. caus. l. iniquissimum §. infr. de iur. & fact. ignor.* Illud notatu dignum est, quod Accursius hîc obseruat, exceptionem hanc Macedoniani esse in rem ex parte eius cui opponitur cũ noceat etiam successori & ignoranti: quod in doli mali exceptione secus est, quæ non alij potest opponi quàm ei qui ipse sit in dolo *l. 2. §. & quidem illud & § planè inf. de doli mal. except.*

a *Idem est & in duobus reis stipulandi.* Sensus est, si duo stipulentur à filiofamilias pecuniam mutuam, quam vel vnus ex iis vel ambo crediderint, quorum vnus sciat debitorem esse filiumfamilias, alius ignoret, scientiam vnius nocere alteri quamuis ignoranti.

RAT. DVB. Cùm duo sunt rei stipulandi, licet vna tantùm sit obligatio, tamen in personis singulorum & vniuscuiusq; eorum propria obligatio consistit *l. eandem 9. §. vlt. infr. de duob. reis.* Propria ergo cuiusque ex correis scientia vel ignorantia, non alterius correi inspicienda est.

DEC. Plures correi siue stipulandi, siue debendi vnius tantùm personæ vice funguntur, cùm vna tantùm sit eorum obligatio, siue de actiua, vt loquuntur, intelligas, siue de passiua. Vnde fit, vt in cæteris quoque omnibus factum vnius prosit, aut noceat alteri *l. 2. l. 3. §. 1. l. ex duobus reis stipulandi 16. infrà, de duobus reis*, nisi quod si certo loco dari promissum sit ex cuiusq; persona taciti temporis ratio sumitur *d. l. eandem §. vlt. iunct. l. si testamento 49. §. vlt. de fideiuss.* ergo & scietia vnius alteri nocere debet, potius quã alteri⁹ ignorãtia ei prodesse, qui sciẽs & prudẽs cũ filiofamil. aduersus Senatusconsultum cõtraxit.

8 ¶ Item si duos filiosfamilias accepero reos, sed alterum putaui patremfamilias: intererit, ad quem pecunia peruenit: vt si eum, sciui filiumfamilias, ad quem peruenit pecunia, exceptione summouear, si ad eum, quem ignorem, non summouear.

Ad §. 8. *Item si duos.*

RAT. DVB. Cùm quis duos filiosfamilias correos debendi accipit ex causa mutuæ datæ pecuniæ, id certè agit, vt vna omnium sit obligatio, vt diximus proximè ad versiculũ vltimũ legis præcedẽtis, nec inquirẽdum habet ad quẽ pecunia peruentura sit, cùm eum quoque habeat obligatum in solidum, ad quem nihil peruenit *l. si non in solidum 5. l. si in rem 12. C. si cert. petat* Ergo repelli omnimodo debet exceptione Macedoniani siue contra eum agat, quem filiumfamilias esse sciuit, siue contra eum quem ignorauit, cùm possit ei imputari cur correum debendi adhibuerit etiam illum quem filiumfamilias esse sciebat, vt quemadmodum obligatio illa duorum correorum vnica, & indiuidua est *l. 2. §. 1. l. 3. de duob. reis*, ita exceptio Macedoniani eam afficiat non minùs in persona patrisfamilias, ad quem pecunia peruenit, quàm si ad filiumfamilias pecunia peruenisset: aliaque proculdubio creditoris huius ratio esse debet, quàm sit illius, qui vel cum solo patrefamilias contrahit, vel cum duobus quasi filiisfamilias, quorum tamen alterum patremfamilias esse ignorauerit, si modò separatim ab iis stipulatus sit, non tanquam à correis debendi, quamuis eadem summa in stipulationem deducta sit. Hoc enim casu cùm plures diuersaque sint obligationes, nihil certè prohibet, quominus vna Senatusconsulti Macedoniani exceptione summoueatur, alia non summoueatur.

DEC. Non stipulatio pecuniæ creditæ, sed numeratio illa est quæ Senatui visa fuit perniciosa esse parentibus *l. 3. §. is autem solus supr. hoc tit.* ergo non alij prodesse filiofamilias debet exceptio Macedoniani, quàm ei ad quem pecunia peruenit. Licèt contra eum quoque detur qui stipulatus est; nec pecuniam numerauit, si modò stipulatio ratione eius numerationis interposita sit, vno scilicet eodémque contractu, vt in specie §. præcedentis vbi diximus: atqui ad inducendam Macedoniani exceptionem illud quoque requiritur, vt qui pecuniam credidit, filiofamilias se credere sciuerit, vt quod contra Senatusconsulti authoritatem ab eo factum est, vindicetur *l. 3. in princip. supr. l. penult. infrà, hoc tit.* Meritò igitur Vlpianus hîc distinguit, pluribus factis correis debendi qui ambo erant filijfamilias, an pecunia ad eum peruenerit, quem creditor filiumfamilias esse sciebat, an ad illum potiùs quem patremfamilias esse putabat, vt priore casu repellatur creditor exceptione Senatusconsulti, posteriore verò nõ repellatur, nec recipi potest, quod placet Accursio, si pecunia ad eum peruenerit, quẽ creditor patremfamilias esse putabat, & eum teneri, quia nesciebat creditor esse filiumfamilias, & alium quoque quem filiũfamilias sciebat, non quidẽ tanquã correum, sed tanquã fideiussorẽ obligari: quasi factis pluribus correis debendi pro reo semper habendus ille sit, ad quẽ pecunia peruenit, alius verò pro fideiussore, ex *l. vir vxori 17. §. vlt. ad SC. Velleian. l. si pro patre 10. §. vlt. de in rẽ vers.* quod certè falsũ est: nunquã.n. is qui pro correo acceptus est haberi debet pro fideiussore, cũ planè diuersa & separata sit correorũ obligatio à fideiussorũ obligatione. Alioqui nullo penitus casu possent duo correi in solidum obligari tanquam correi, cùm fieri nullomodo possit, vt pecunia creditoris ad singulos in solidum perue-

perueniat, *d. l. si pro patre* 10. §. *vlt. infr. de in rem vers.* vbi latiùs dicemus. Atque ita esse hic locus maximè probat, vbi quod ait Vlpianus, vt si eum sciui filiumfamilias ad quem pecunia peruenit exceptione summoueat, sic equidem accipi debet, vt exceptione Macedoniani debeam summoueri ab vtroque: Sed quod addit, si ad eum quem ignorem pecunia peruenerit summoueri me non debere, non alium certè sensum habere potest quàm hunc, vt non summoueat ab eo quem patremfamilias esse credidi: summoueat tamen si contra alium agam, quem filiumfamilias esse non ignoraui siue pro correo, siue pro fideiussore habere illum velim. Non enim pro fideiussore se obligauit, sed pro correo, quod inspiciendum potissimum est. Nam nec alia causa est, propter quam Senatusconsultum succurrat fideiussoribus filijfamilias, quàm quia ipsi conuenti regressum habituri essent contra filiumfamilias, qui proinde per medias fideiussorum personas conueniri videretur *l. si quis reum* 5. *infr. de liber. legat. l. cùm lex* 46. *de fideiuss.* At ex correis debendiis qui totum soluit, non ideò regressum vllum habere contra correum potest, quia suo nomine soluit non alieno, nisi cessionem actionum à creditore impetrauerit, *d. l. si non singuli* 5. *& d. l. si in rem* 12. *C. si cert. petat. l. rem hereditariam* 65. *infr. de euict.* Quamuis communis interpretum nostrorum schola contra sentiat ad *l.* 2. *C. de duob. reis*, contra quos disputauims *lib.* 11. *Coniect.* & aliis plerisque locis. Illud leue est, quod Accursius hîc notat, ignorantiam aliquando prodesse. Prodest enim semper quoties factum improbum & prohibitum punitur: non enim potest, improbum esse & punibile factum ignorantis, sed eius tantùm qui sciens & prohibitus fecerit, maximè verò in Senatusconsulto Macedoniano *d. leg. pen. infr. hoc tit.* Sic in *l.* 3. §. *penult. infr. de Senatusconsulto Silan.* §. *penult. & vlt. inf. de iniur.*

9 ¶ Siue autem sub vsuris mutua data sunt, siue sine vsuris: ad Senatusconsultum spectat.

Ad §. 9. Siue autem.

RAT. DVB. Senatusconsulti verba nominatim eos notant, & coërcent, qui pessimo exemplo fœnerarent *l.* 1. *in princip. supr.* ergo non eos qui filiofamilias sine vsuris pecuniam crediderunt. Et verò manifesta differentiæ ratio est inter fœneratorem, & gratuitum creditorem. Fœnerator enim odio dignus est, qui ex pecunia quæ alioquin res sterilis est, fructum capiat, qui autem gratuitam credit pecuniam, facit rem officij plenam & liberalem. Nam & verum mutuum gratuitum esse debet, vt diximus ad *l.* 2. *supr. de reb. credit.*

DEC. Etsi Macedonianum Senatusconsultum, cui fœnerator Macedo causam dedit, id maximè egit, vt fœneratores coërceret, prospexit tamen generalis contra eos omnes qui filiisfamilias mutuam pecuniam dedissent, non addita distinctione, an cum vsuris, an sine vsuris. Siue quod etiam gratuitæ pecuniæ datio parentibus æquè perniciosa esse possit, *l.* 3. §. *is autem solus supr.* vtpotè quæ sceleratos filios inuitare possit ad festinandam & occupandam, saltem votis impiis mortem parétum, vt habeant vnde alieno ære se exuant, siue quod fœnoris conuentio facilè occultari possit, quomodo passim occultari eam videmus ab improbis fœneratoribus, qui proinde facilè Senatuscósulto fraudem facerent, si ad eludendam Senatusconsulti potestatem sufficeret gratuitam ac sine vsuris pecuniam credidisse, vt diximus ad *d. l.* 1. *supr.* Ergo cùm Senatusconsultum non distinxerit, nec nos distinguere debemus, *l. de precio* 8. *supr. de Public. in rem act. l. in fraudem* 15. §. *vlt. infr. de testament. milit. l.* 1. § *generaliter de leg. præst.*

10 ¶ Quanquam autem non declaret senatus, cui exceptionem det: tamen sciendum, & heredem filij, si paterfamilias decesserit, & patrem eius, si filiusfamilias decesserit, exceptione vti posse.

Ad §. 10. Quanquam autem.

RAT. DVB. Senatusconsultum Macedonianum filiisfamilias solis eorúmque parentibus prospectum voluit, vt scirent creditores nunquam posse fieri bonum nomen filijfamilias, ne quidem expectata patris morte *l.* 1. *supr.* Atqui filiusfamilias non potest heredem habere ne quidem patrem extra causam castrensis peculij, si de eo filiusfamilias testatus sit *l.* 1. 2. *& pass. infr. de castrens. pecul. l. vlt. in fin. ad Senatusconsultum Tertyll.* Rursum præmortuo filiofamilias desinit periclitari vita patris. Ergo non potest Senatusconsultum sic accipi, vt heredibus quoque filijfamilias prospectum Senatus voluerit, si eum patremfamilias mori contingeret, aut ipsi etiam patri, si filiusfamilias præmoreretur. Non ergo de danda contra creditorem Senatusconsulti exceptione tractari his casibus potest.

DEC. Quemadmodum Senatusconsulto succurritur filiofamilias, non tantùm quandiu filiusfamilias manet, sed etiamsi morte patris vel quo alio modo paterfamilias fiat, quia sufficit creditam fuisse filiofamilias pecuniam. Ita & eo casu quo paterfamilias & sui iuris factus decesserit, heredi eius succurrendum est, vt eadem causa sit heredis, quæ fuit defuncti. Similiter cùm Senatusconsultum non modò filiisfamilias fauerat, sed etiam ipsorum parentibus quibus maximè prospiciendum erat, nemo dubitat quin patri quoque danda sit exceptio, si à filijfamilias creditore conueniatur. Ergo quádiu paterfamilias manet. Nec. n. ex filijfam. contractu aliter conueniri potest, quàm si filium habeat in potestate eo tempore, quo conuenitur. Distinguendum igitur est, an filiusfa. qui contra Senatusconsultum mutuam accepit pecuniam, decesserit filiusfamilias, an paterfamilias; si paterfamilias transmittit exceptionem Senatusconsulti ad heredem, adeóque ad successorem quemlibet etiam honorarium. Si verò filiusfamilas manens decesserit, exceptionem quidem quam vi-

uus habuit, moriens amittit, sed eam quæ patri ex propria persona competebat, ei non adimit. Habet enim illam pater suo iure nec tanquam heres, aut alius successor filij, sed tanquam pater & filio inuito vt & restitutio in integrum ex contractu filiifamilias minoris *leg. patri 27. in princip. supr. de minor.*

11 ¶ Interdum tamen etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: vtputa filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit: scribit enim Iulianus libro duodecimo, ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti vsurum, si conueniatur: sed institoriam actionem aduersus eum, qui præposuit, competere, quamquam (inquit) si ipse pater eum præposuisset merci suæ, vel peculiarem exercere passus esset, cessaret Senatusconsultum quoniam patris voluntate contractum videretur. nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.

Ad §. 11. Interdum tamen.

RAT. DVB. Senatusconsulti Macedoniani exceptio etiam ex parte eius cui opponitur in rem est, non in personam, ideóque nimirum nocet etiam successoribus, & correis creditoris §. *nõ solùm*, vbi diximus *supr. hac leg.* Ergo si filiusfamilias institor mutuam pecuniam contra Senatusconsultum acceperit, sicut exceptione Senatusconsulti ipse vti potest, si conueniatur, ita & institorem qui eum præposuit, eadem exceptione vti posse, dicendum est: quæ enim sunt in rem exceptiones, facilè in alios transeunt, non etiam illæ quæ personæ magis quàm rei cohærent *l. exceptiones 7. infr. de except.* Nec ferendum est, vt qui institorem præposuit, conueniatur ex eo contractu ex quo institor ipse qui contraxit conueniri non posset. Conuenitur enim suo nomine is qui vt institor contraxit; alieno autem ille qui institorem præposuit, vt diximus ad *tit. de instit. act.*

DEC. Is qui institorem præposuit licèt conueniatur ex contractu institoris, conuenitur tamen ob suum factum quia eum præposuit *l. 1. & tot. tit. supr. de instit. act.* Ergo quamuis exceptio Senatusconsulti faueat institori qui cùm esset filiusfamilias mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepit, non ideo tamen deneganda est actio institoria contra eum, qui filiumfamilias institorem præposuit, quia nihil in eo fit contra Senatusconsultum, si is qui filiumfamilias institorem præposuit institoria conueniatur *l. sed etsi 7. §. 1. in fin. supr. de institor. act. leg. 1. §. parui autem refert supr. de exercit. act.* Nec tantùm si extraneus ille sit, qui præposuit filiumfamilias, quia solis parentibus fauere Senatus voluit non etiam extraneis *l. 3. §. is autem solus supr.* sed etiam si eiusdem filiifamilias pater sit, sed alia ratione, quam eleganter Vlpianus hîc subiicit ex Iuliano, quia patris voluntate contractum videretur: quod sufficit ad excludendam Senatusconsulti potestatem *l. si tamen 12. infr. hoc tit.* Nam quoties pater scit filium negotiari siue in peculiari, siue in qua alia merce, hoc etiam permisisse ei videtur, vt pecuniam mutuam acciperet, cùm vix sit, vt sine commercio pecuniæ creditæ, negotiatio vlla commodè exerceri possit *l. cuicunque 5. §. sed si pecuniam supr. de instit. act.* Sed hoc ita si non nominatim prohibuerit, filium accipere, non merces, vt malè hîc scriptum est (implicat enim vt pater præponat filium exercendæ merci suæ, & eum merces accipere prohibeat) sed pecuniam quam posuit Vlpianus initio §. acceptam à filiofamilias fuisse. Nam & in *dict.* §. sed si pecuniam eadem exceptio in eadem prorsus specie ponitur, quamuis paullo diuersis verbis, ibi *nisi prohibitus fuerit mutuari.* Nam nec quicquam vetat patrem præponere filiumfamilias merci suæ exercendæ, sed ea tamen lege adiecta ne pecuniam eo prætextu mutuam ab vllo accipiat, si fortè suspectos habeat filij mores. Hoc verò Accursius malè explicat, qui ponit filiumfamilias prohibitum esse merces accipere vt per consequens nec pecuniam mutuam accipere posset.

12 ¶ Proinde si acceperit pecuniam, & in rem patris vertit: cessat Senatusconsultum. patri enim, non sibi accipit. Sed & si ab initio non sic accepit, verùm postea in rem patris vertit: cessare Senatusconsultum, libro duodecimo digestorum Iulianus ait, intellegendúmque ab initio sic accepisse, vt in rem verteret. Non tamen vertisse videbitur [a] si mutuã pecuniã acceptam patri in propriũ debitũ soluit. & ideò, si pater ignorauit [b] adhuc Senatusconsulto locus erit.

Ad §. 12. Proinde.

RAT. DVB. Quod ab initio non valet, conualescere ex postfacto non potest *l. quod ab initio 32. de regul. iur.* Atqui creditum in hac specie viciosum ab initio fuit, & contra Senatusconsulti authoritatem, quia verum est filiofamilias creditam pecuniam fuisse. Ergo quamuis postea contigerit, vt eam pecuniam filiusfamilias in rem patris verterit, non eo magis tamen conualescere mutuum & cessare Senatusconsultum potest: Initio scilicet inspecto quod semper inspiciendum est *l. 3. §. scio in fin. supr. de minor. l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat.* maximè verò cùm tractatur de Macedoniano *l. si tantùm 12. infr. hoc tit.* DEC. Est hic casus vnus, ex illis in quibus ex euentu apparet, quid anteà fuerit vt in *l. qui res 98. §. 2. de solut. l. quadam 15. de reb. dub.* Credẽdus enim est filiusfamilias, pecuniam quam simpliciter mutuam acceperat, si eam pòst incontinenti vertat in rem patris eam ab initio accepisse hoc consilio, vt non tam sibi quàm patri acciperet. Quamquam nec aliud est, si ab initio non patri, sed sibi acceperit, ex postfacto tamen in rem patris eam pecuniam verterit, vt Vlpianus hîc subiicit. Quia hoc quoque casu intelligendus est ab initio sic accepis-

accepisse, vt in rem patris verteret, præsumptione iuris, & de iure, inquit Accursius, contra quam proinde non admittitur probatio in contrarium. Nam & pater actione de in rem verso vtique hoc casu teneretur, *l. 1. & tot. tit. inf. de in rem vers. leg. 1. Cod. de instit. act.* Atquin quod Senatusconsulto Macedoniano factum est, vt filiofamilias pecuniam credere non liceat, non tam propter filiosfamilias quàm propter parentes ipsos ita constitutum est, quibus datio pecuniæ perniciosa fore visa est, *leg. 3. §. is autem solus supr.* Nulla ergo causa subest inducendi Senatusconsulti eo casu quo ex filijsfamilias contractu pater de in rem verso teneri potest. Ad quid enim bonum esset Senatusconsulti potestatem inducere in fauorem patris qui omnimodo teneri debeat, & conueniri? *arg. l. si post mortem 10. §. liberi infr. de bonor. possess. contr. tabul.* Ratio tamen dubitandi ad hunc posteriorem casum maior est, quàm ad superiorem. Eadem nihilominus, sed fortior.

a *Non tamen vertisse videbitur.* RAT. DVB. Etsi creditor qui ciuilem actionem habuit ad pecuniam exigendam, non potest videri factus locupletior exacta pecunia, quoniam cùm actionem haberet ipsam quoque pecuniam habere, iam videbatur ex regula *l. is qui actionem 11. de reg. iur.* nec valde lucratur, qui pro debita efficaciter pecunia debitorem amittit, & alienat, *§. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non*: quamuis locupletior fieri dicatur debitor, qui soluta pecunia liberatur à creditore *l. si pupillus 66. in fin. de solut.* Is tamen qui solutionem debiti accepit à debitore qui non nisi naturaliter obligatus erat, fit proculdio locupletior, cùm per solutionem id acquirat, quod nulla actione acquirere potuisset, cùm ea obligatio quæ naturalis tantùm est, nullam actionem pariat, sed tantùm exceptionem, & soluti debiti retentionem, *l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. Stichum 95. §. aditio de solut.* Vnde est quod eos quibus natura tantùm debetur, dicimus non esse propriè loco creditorum, *l. creditores 10. vers. quod si natura infr. de verb. signific.* Atqui inter patrem & filiumfamilias ciuilis obligatio consistere nulla potest, propter ius patriæ potestatis, *l. Imperator 50. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* sed tantùm naturalis, *l. frater à fratre 38. §. 1. supr. de condict. indeb.* Sicut nec inter dominum & seruum *l. nec seruus 41. infr. tit. prox.* Ergo dicendum est, in rem patris videri filiumfamilias vertisse pecuniam, quam in proprium suum debitum patri soluit, vt se ab eo liberaret, & consequenter siue sciuerit pater, siue ignorauerit filiusfamilias in eam rem pecuniam accepisse, Senatusconsulto locum non esse.

DEC. Filiusfamilias qui id quod naturaliter tantùm patri debuit ei soluit, perinde fit locupletior atque si ab obligatione ciuili se liberaret. Nam & eum iure gentium soluere oportuit, *l. cùm ampliùs 184. §. is natura debet de regul. iur.* quamuis nulla actione conueniri à patre posset. Proinde in rem suam vertit pecuniam, non in rem patris, cùm id agat principaliter, vt se liberet, non vt patris meliorem faciat condicionem, *l. seruus 20. supr. de dolo*: quamuis negari non possit quin fiat ea melior per consequentias, quæ regulariter non attenduntur, *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Cùmque actiones ciuiles nonnisi contra perfidos comparatæ sint, vt Theophilus scribit in *Instit. tit. de action.* & optimus quisque debitor contra seipsum agere debeat, quod facere potest etiam sine actione *leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* non alia debet videri ratio debitoris bona fide soluentis id, quod naturaliter tantùm debuit, quàm si ciuiliter quoque fuisset obligatus, cùm tanta sit potestas obligationis naturalis iure gentium, quod violari nunquam debet, quanta est ciuilis obligationis iure Quiritium. Et tamen obligaretur pater ex eo filijsfamilias mutuo si filiusfamilias pecuniam illam perdidisset. Sic enim putat Accursius ex *l. in pupillo 47. de solut.* Sed hoc non puto verum. Tunc enim obligatur pater ex mutuo filijsfamilias, etiamsi perdita sit pecunia, cùm in vsus patri necessarios filius eam mutuam acceperat, vt in *d. l. in pupillo.* Initio scilicet magis quàm euentu inspecto, at in hac specie ponimus acceptos fuisse à filiofamilias nummos mutuos, non in aliquos vsus patri necessarios, sed in suos proprios, vt quod patri debebat ei solueret.

b *Et ideò si pater ignoruit.* Nempe quia si pater sciuit, Macedonianum cessat, *l. si tamen 12. infr. hoc tit.* Nec possum videre cur Accursius hîc notet nihil interesse, an pater sciuerit, an ignorauerit, nisi sic intellexit quantum ad hoc, vt pater de in rē verso non teneatur. Verum enim est non magis teneri patrem de in rem verso, si sciuit filiumfamilias pecuniam mutuam accipere, vt soluat, quod debet patri quam si ignorauit, *l. 3. §. cui congruit infr. tit. prox.* Ideóque si hortatus sit creditorem pater, vt in eam rem filiofamilias pecuniam crederet, tenetur de dolo, quia neque de in rem verso teneri potest, neque de peculio, si nihil in peculio fuit *d. l. seruus 20. supr. de dolo.* Sed alia quæstio est, an pater teneatur de in rem verso aut de peculio. Alia verò an Senatusconsulti Macedoniani exceptio locum habere hoc casu possit, de quo solo Vlpianus hîc quærit. Illa obiectiò difficilior est, quam mouet Accursius, cur exceptione Macedoniani summoueatur creditor, qui filiofamilias pecuniam credidit, vt patri solueret quem nulla exceptione poterat summouere, cùm placeat cessare hoc casu exceptionem Senatusconsulti *§. si filiusfamilias infr.* Sed bene respondet aliam causam esse eius pecuniæ, quam filius patri soluit vltrò, quia non potest pater quicquam exigere à filio per actionem, cùm inter patrem & filiumfamilias, neque his neque actio vlla esse possit *l. 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Durior enim creditor ille est, cui ciuiliter debetur, quique actionem habet nulla exceptione infirmandam, quàm ille sit cui natura tantùm debetur, qui nec creditoris loco esse propriè intelligitur, vt suprà diximus ex *l. creditores 10. iunct. l. creditor 55. de verbor. significat.* Ideóque fauorabilior ille est, qui mutuam pecuniam credit filiofamilias ad dimittendum creditorem, cui etiam ciuiliter, & efficaciter sit obligatus, quàm si vt dimittat eum, cui naturaliter tantùm filiusfamilias debuit, siue pater ille sit, siue alius.

13 ¶ Quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare Senatusconsultum: ita locum habet, si probabilem mo-

dum in mutua non excessit: certè eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

Ad §. 13. *Quod dicitur.*

RAT. DVB. Studiorum causa semper iusta & probabilis est ad sumptus filiosfamilias prorogandos, etiam non interueniente patris voluntate, quia patris pietas non creditur fuisse filio eos recusatura, *l. Macedoniani Senatusconsulti hoc tit. l. qua pater* 50. *supr. famil. ercisc.* sicut & absentia studiorum causa semper probabilis esse creditur, *l. necnon* 28. *in princip. supr. Ex quibus caus. maior.* Quid enim honestius vel laudabilius, vel optabilius acquisitione scientiæ? Atqui scientia incomparabilis res est, nullóque certo modo vel precio æstimanda. Quomodo de salute scribit Iureconsultus in *l. si pater* 34. *in fin. infr. de donat. iuncta l. Aquilius* 27. *eod. tit.* Ergo siquis filiofamilias pecuniam mutuam dederit studiorum causa etiam ignorante patre, dicendum est generaliter & indistinctè Senatusconsultum cessare, non adhibita illa distinctione, quam Vlpianus hîc adhibet, an probabilem impensæ modum creditor in mutuo excesserit: cùm modus addiscendi scientias sit eas addiscere sine modo, Exemplo ferè eius, quod magnus ille Augustinus, sed longè iustiùs ac veriùs dicebat, modum amandi Deum esse amare sine modo.

DEC. Ratio propter quam in pecunia filiofamilias credita cessat Senatusconsultum, non alia est, quàm quia credendus est pater pro sua in filium pietate, próque suo officio eos sumptus fuisse subministraturus *d. l. Macedoniani.* Ergo non aliter Senatusconsultum cessare dicendum est, quàm si creditor probabilem modum non excesserit, id est, non nisi quatenus pater subministraturus fuit. Nam eatenus duntaxat consensurus fuisse creditur, *l. si verò pater* 9. *infr. de in rem vers. Sic in l.* 3. §. *proinde si seruus eod. l. at siquis* 14. §. *hæc actio supr. de religios. & sumptibus funer. l. si seruos* 25. *supr. de pignor. act. l. fin.* §. *quæritur de exercit. act. l. profectitia* 5. §. *si filiusfamilias infr. de iur. dot.* Ergo si vltra modum probabilem pecunia filiofamilias credita sit, actio quidem non dabitur pro eo quod excedit, sed ad modum vsque dabitur, ne in eo quod per se diuiduum est, vtile per inutile vitietur, vt Accursius noster concludit, non malè ex *l. siquis argentum* 35. §. *sed in his omnibus Cod. de donat. leg. placuit* 29. *infr. de vsur.* Idem Accursius addit, si pater minùs subministrare filio solebat, quàm facere deberet: probabilem modum non tam ex eo æstimandum esse, quod pater soleret facere, quàm quod facere deberet. Quod ego satis probo ad augendam sententiæ huius vtilitatem pro dignitate studiorum vt *in l. si longius* 18. *in fin. supr. de iudic.* Necenim ferendus est pater auarus qui nescio quam miseram frugalitatem filij studiis & honori velit anteponere, cùm, vt ait idem Accursius, scientia filij sit, & esse debeat lætitia patris §. *generaliter Nouell. Constit. quæ de dignit.* Neque verò vlla fit iniuria patri, si etiam inuitus id quod in rem eius vtiliter gestum est, ratum habere cogatur, *l. Pomponius* 9. *supr. de negot. gest.* Nec proinde distinguendum est, an ex patris voluntate filiusfamilias abesset studiorum causa, an verò quod etiam interdum accidit contra patris voluntatem. Vtroque enim casu non solùm filiusfamilias tenetur, quem omnimodo teneri semper æquum est, sed etiam pater, si modò ignorauerit creditor contrariam illam voluntatẽ patris cuius ignorantia semper præsumenda est, non solùm tanquam facti alieni, *l. vlt. infr. pro suo*: sed etiam tanquam improbabilis. Multóque magis creditori succurrendum est, si ignorans missam filio à patre pecuniam de suo ipse eam subministrauerit, eadem scilicet ratione, quia hæc quoque iusta ignorantia est, vt idem noster Accursius concludit ex *d. l. vlt. pro suo & l. sed etsi pupillus* 11. §. *proscribere supr. de institor. act.* Cæterùm si sciat creditor filiumfamilias abesse studiorum causa contra patris etiam iniquam voluntatem, difficilius est meo iudicio, vt ei danda sit contra patrem actio, non solùm si à patre prohibitus pecuniam filiofamilias crediderit, qui casus nullam omnino recipit dubitationem post *l. vlt. C. de negot. gest.* sed etiamsi prohibitio nulla eo nomine expressa interuenerit *arg. l. item si cùm* 5. *supr. eod. ill. tit.* nisi hactenus saltem vt cogatur pater reddere quantum domi filius expensurus omnimodo fuit ex *d. l.* 3. §. *proinde infr. de in rem vers.* Nam quod Accursius putat hoc quoque casu subdistinguendum esse, an filiusfamilias studeat, an ludat absurdum mihi videtur. Quid enim commune habet vita filij cum iure pecuniæ creditæ & obligationis? aut vnde diuinabit creditor, an studere filiofamilias & studiis operam seriam dare, an aleam potiùs & omnia quæ solet adolescentia lasciuientis animi vicia exercere?

14 ¶ Si filius accepit mutuam pecuniam, vt eum liberaret: qui, si peteret, exceptione non summoueretur: senatusconsulti cessabit exceptio.

Ad §. 14. *Si filiusfamilias.*

RAT. DVB. Etiam cùm filiusfamilias mutuam accepit pecuniam, vt eum creditorem dimitteret, qui si petiisset, nulla exceptione summoueri potuisset, potest datio illa pecuniæ perniciosa esse patri, non minùs quàm si accepta esset mutua ad dimittendum creditorem, quem exceptione aliqua filiusfamilias potuisset repellere? Ergo & hic casus ad Senatusconsultum Macedonianum pertinet *l.* 3. §. *is autem solus supr.*

DEC. Ideò visum est posse parentibus perniciosam esse numerationem pecuniæ filiisfamilias creditæ, quòd facilè soleant filiifamilias acceptam pecuniam mutuam in malos vsus perdere, ex eáque causa sibi ac parentibus perniciem inferre. Quæ sinistra suspicio non cadit in filiumfamilias, qui mutuam accepit pecuniam, vt verum iustúmque creditorem dimitteret, qui nulla exceptione repelli poterat, séque ab eo liberaret, cùm faciat, se patrémque suum locupletiorem qui se liberat à vero creditore, qui non modò contra filium in solidum, sed etiam contra patrem agere de peculio, vel de in rem verso æquè efficaciter potuisset, vt proindein

de in rem quoque patris versa quodammodo videatur pecunia, quæ huic creditori priori soluta est: Et quemadmodum non poterat pater impedire, ne filiusfamilias à primo creditore conueniretur: ita neque animo iniquo ferre debet mutuam filiofamilias datam esse pecuniam, vt eiusmodi verus creditor dimitteretur. Ergo nihil causæ est, cur nō cessare hoc casu debeat Senatusconsulti exceptio: quandoquidem nihil hîc malô more factū est, neque cōtra Senatusconsulti authoritatem, vel mentem. Nec enim Senatus iustas & validas filiorumfamilias mutuam pecuniam accipientium obligationes, sed malas tantùm & suspectas improbauit. Iunge quæ scripsi ad §. *proinde* 12. *supr.*

15 ¶ Hoc ampliùs cessabit Senatusconsultum, si pater soluere cœpit quod filiusfamilias mutuum sumpserit: quasi ratum habuerit.

Ad §. 15. Hoc amplius.

RAT. DVB. Solutio est facti *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* & quidem restricti & limitati ad quantitatem solutam. Ergo ratihabitio, quæ ex hac solutione siue infertur, siue præsumitur, ad eandem quantitatem quæ soluta est, restringi & limitari debet, vt limitata causa non nisi limitatum pariat effectum *vulg. l. in agris* 16. *infr. de acquir. rer. domin.* Et consequenter ex eo quod pater cœperit soluere pecuniam, quam filiusfamilias mutuam acceperit, non potest cogi aut pater aut filius vt reliquam pecuniam soluat.

DEC. Ratihabitio æquiparatur mandato in hac quoque specie, vt & in aliis ferè omnibus præsertim post *l. vltim. Cod. hoc tit.* quæ distinctiones cunctas sustulit, quas vetus iurisprudentia circa ratihabitionem mandato æquiparandam induxerat. Atqui si mandante adeóque sciente tantùm patre filiusfamilias mutuam pecuniam accepisset, Senatusconsultum cessaret *l. si tantùm* 12. *infr. hoc tit.* Ergo idem est & si contractū à filio habitum pater ratum habuerit, nec quod partem duntaxat debiti pater soluere cœperit, facere debet, vt nonnisi pro parte contractum habuisse ratum videatur, cùm omnium contractuum causa hactenus indiuidua sit, vt pro parte tantùm ratos, quis eos habere possit *l.* 4. §. *vltim. infr. de verbor. oblig. iuncta leg. cum ex causa* 139. *eod. titul. leg. tutor vrgentibus* 47. §. 1. *supr. de minor. l. si quis aliam* 46. *de solut.* Totus igitur contractus videbitur à patre comprobatus, vt in *l. sed etsi* 9. §. *sed etsi non donandi infr.* Sicut & Senatusconsultum Macedonianum totum contractum improbat non pro parte.

16 ¶ Si paterfamilias factus, soluerit partem debiti: cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest.

Ad §. vlt. Si paterfamilias.

RAT. & DVB. DECID. eadem ferè est, quæ ad §. præcedentem: nam qui soluit partem debiti postquàm paterfamilias factus est, videtur ratum habere id, quod filiusfamilias gessit: & sanè ita est, sed non vt ratihabitio hæc mandato æquiparetur: neque verò vt ad tempus pecuniæ creditæ retrotrahatur, cùm ille ipse sit qui contraxit, & quidem eo tempore quo non erat habilis ad mutuam pecuniam accipiendam, potius, vt quod eo tempore perperam gestum est quo filiusfamilias erat, eo saltem tempore factum intelligatur, quo Senatusconsulti cessat authoritas. Itaque quod ab initio nō valuit, hoc casu ex postfacto conualescit, non solo tractu temporis, ne putes obstare iuris regulam, sed ex noua voluntate, & quasi ex nouo cōtractu facto tempore habili, & sublato iam impedimento. Nec enim Senatus adeò amarè & seuerè cum creditoribus agere voluit, vt filijfamilias nomen nullo vnquam tempore bonum fieri posset, id est, nec si filius paterfamilias factus bonam fidem & naturalem obligationem vellet agnoscere *l.* 2. *C. hoc tit.* sed hactenus duntaxat vt scirent creditores, qui Macedonis exemplo, pessimo more, filiofamilias fœnerarent, non posse fieri bonum nomen expectata morte patris *l.* 1. *supr.* Cæterùm si filiusfamilias fortè sibi conscius iusta de causa creditam sibi pecuniam, malit paterfamilias factus soluere, quàm vti exceptione, non est prohibendus, quominus iuri pro se introducto renunciet *l. pen. C. de pact. l. si iudex* 41. *supr. de minor.* Sic & in *l. si fideicōmissum* 50. §. *vlt. supr. de iudic. l. indebitum* 9. *C. de condict. indeb. l. ad solutionem* 5. *C. de re iudic.* §. *non autem. Nouell.* 1. *de hered. & Falcid.* Sed si adhuc in patris potestate constitutus soluat quæstionis est, an soluti repetitio possit competere. Accursius noster in eâ videtur esse sententia, vt nihil intersit quantum ad retentionem, an filiusfamilias soluat, an factus iam paterfamilias, sed duntaxat quantum ad hoc, vt si filiusfamilias partem debiti soluerit, non cesset in residuo Macedonianum, quod cessaret, si paterfamilias factus partem debiti soluisset. Et verò ratio quæ impedit, ne filiusfamilias possit repetere quod paterfamilias factus soluerit, nempe quia naturalis obligatio manet, quæ impedit soluti repetitionem *l. quia naturalis* 10. *infr.* an non perinde locum habet, etiamsi adhuc filiusfamilias constitutus soluerit? Sed tamen aliud iuris est, quia filiusfamilias quamdiu filiusfamilias manet ius pecuniæ alienandæ non habet *leg. sed etsi paterfamilias* 9. §. 1. *infr.* Ideóque si soluta pecunia extet vindicare eam quasi suam pater potest, *leg. si filiusfamilias* 14. *supr. de reb. credit.* Si verò consumpta sit potest eam condicere vt scriptum est in *dict.* §. 1. Ipse sanè filius condictionem non habet, quia naturalem obligationem agnouit, sed soluendo acquirit vindicationem aut condictionem patri qui nec naturaliter obligatus est. Ob eámque nimirum causam quoties prudentes nostri denegant repetitionem filio qui pecuniam soluerit, quam contra Senatusconsultum acceperat, ponunt factam esse solutionem ab eo iam patrefamilias facto, vt hîc & in *leg. qui exceptionem* 40. *supr. de condict. indeb.* Ergo quod in hoc §. scriptum est, si paterfamilias factus partem debiti soluerit, cessare Senatusconsultū, nec solutū repeti

posse, ita omnino modo accipiendũ est, vt non tantũ in parte soluta Senatusconsultum cesset, sed vt etiã in parte non soluta, alioqui nullius effectus essent verba illa, *cessabit Senatusconsultum*, vt cõtra Bulgarũ benè disputat Accursius *arg. l. si quãdo 109. de legat. 1.* Idem est si filiusfamilias sui iuris effectus det rem aliquam pignori pro eo debito, quod in patris adhuc constitutus potestate aduersus Senatusconsultum contraxerat, vt in *l. sed & si paterfamilias 9. in fr.* Nam & ex pignoris datione contractum perinde ratum habuisse intelligitur, sed aliter tamen id est non nisi ad pignoris vsque quantitatem, vt ibi dicemus.

8. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

CVm tamen à curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

Ad l. Cùm tamen 8.

RAT. DVB. Quod curator minoris soluit ipsius minoris nomine perinde habendum est, ac si ab ipso minore solutum esset: quia minoris curator licèt non detur personæ, sed bonis, in quo maximè differt non tantùm à tutore, sed etiam à furiosi vel prodigi curatore, tamen in iis quæ ad bonorum administrationem pertinent domini loco est, & minoris personam repræsentat *l. ait Prætor 7. §. sed si supr. de minor. l. is qui in puteum 11. § an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* Atqui quod filiusfamilias paterfamilias effectus soluisset creditori, non posset repetere, quia bonam fidem & naturalem obligationem agnoscere minori prohibitum non est, neque obiici hoc casu potest, quod Accursius adfert ex *l. interdum 29. supr. de condict. indeb.* personam locum facere repetitioni: id enim verum quidem est in pupillo, furioso, & prodigo, de quibus ea lex loquitur, at non etiam in minore, & rursum, quibus casibus persona locum facit repetitioni, nulla opus est restitutione in integrum, quam tamen in proposita specie necessariam curatori esse vult Accursius. Ergo non magis curatori minoris qui ex filiofamilias paterfamilias factus est, quàm ipsi minori permittenda est solutæ pecuniæ repetitio, nec si quam ignorantiam velit obtendere, cùm iuris apertissimi sit, tutum esse Macedoniani exceptione filiumfamilias cui contra Senatusconsultum pecunia credita est, nec iuris error prodesse soleat, ad indebiti condictionem inducendam *leg. cùm quis 10. Cod. de iur. & fact. ignor.*

DEC. Non habet curator minoris eam authoritatem vt Macedoniani exceptionem minori competentem siue sciens, siue ignorans possit ei adimere. Id enim non esset administrare res minoris, sed minorem spoliare, quod non magis curatoribus permissum est, quàm tutoribus quorum maior est potestas *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. l. Lucius 46 §. vltim. de author. tutor. leg pactum curatoris 22. C. de pact.* Nec puto distinguendum, an ius an factum curator ignorauerit, quia non ipsi curatori danda est hoc casu condictio, sed minori cui nihil imputari potest: Ideóque non ita Paulus loquitur, vt dicat, curatorem ipsum qui soluerit posse repetere, quomodo Accursius malè explicat, sed ait simpliciter repeti pecuniam posse, aut vt Florentiæ scriptum est *repeti debere*: quod haud dubiè sic accipiendum est vt repeti possit & debeat per minorem ipsum, cuius interest solutum non esse, id quod perpetua exceptione tutus retinere potuit: ex quo magis intelligimus frustra Accursium de restitutione in integrum hîc tractare, cùm nihil à minore gestum esse proponatur, propter quod necessaria ei possit esse in integrum restitutio. Cur ergo, inquies, distinguit Paulus, an curator sciens, an per ignorantiam soluerit? cùm neutro casu nocere pupillo potuerit? Puto verba illa *per ignorantiam* non tam ad ius referenda esse, quasi aliud dicendum sit, si curator sciens indebitum minoris nomine soluerit, quàm ad factum, quòd non sit credibile quemquam adeò stultum curatorem esse, qui minoris nomine velit vltro soluere, id quod sciat, minorem non debere efficaciter, tanquam tutum perpetua Macedoniani exceptione. Nam is quidem qui suo nomine soluit, quod sciat se non debere, ideo non repetit, quia donasse intelligitur, quod donare potuit ex *reg l. donari. 81. de regul. iur.* At curator qui minoris nomine soluit sciens, quod minor non debuit, ideo ius repetendi adimere minori non potest, quia nec minoris rem donare ei permittitur *d. l. Lucius §. vlt.* cùm donare nihil aliud sit, quàm perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Planè si non de minoris pecunia, sed de sua sciens soluerit, nullus repetitioni locus erit, neque pro minore cuius nihil interest, cùm per eam solutionem non sit factus pauperior, neque pro curatore qui pecuniam suam donasse creditori intelligitur, quique nullo casu eam pecuniam iudicio negotiorum gestorum repeteret à minore potest, id est, siue sciens, siue ignorans soluerit, quia nec vllo casu negotium minoris vtiliter gessisse videri potest, soluendo indebitum. Sed tamen faciet hæc ratio, vt si de sua pecunia nomine minoris soluerit per ignorantiam facti non iuris, id quod à minore debitum esse putabat, danda sit ei repetitio non contra minorem ipsum, vt malè putat Accursius, cùm ei solutio nil profuerit, sed contra creditorem cui soluta est pecunia, quam curator nec minoris nomine soluere debuit, nec suo donare voluit.

9. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si paterfamilias factus, rem pignori dederit: dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam vsque ad pignoris quantitatem.

Ad l. Sed si paterfamilias 9.

RAT. DVB. Cùm is qui mutuam pecuniam acceperat eo tempore quo erat adhuc filiusfamilias, posteà factus paterfamilias rem aliquam pignori dedit, perinde contractum ratum habet, atque si

partem

partem debiti soluisset, vt in *l. item si 7. §. vlt. supr.* aut nouatione facta fidem suam obligasset, vel aliter debitum agnouisset, vt in *l. 2. C. hoc tit.* Atqui superioribus casibus totum contractum ratum habuisse paterfamilias intelligitur, non pro illa tantùm parte quæ vel soluta vel nouata est, vt diximus ad *d. §. vlt.* quia contractus omnes in sui natura & essentia indiuidui sunt. Ergo & cùm paterfamilias factus rem pignori dedit, dicendum est Senatusconsulti exceptionem ei denegandam, non modò vsque ad debiti quantitatem, vt Vlpianus hîc scribit, sed in solidum quasi contractu in solidum per ratihabitionem confirmato. Pignus enim quisquis dat, agnoscit proculdubio principalem obligationem quæcunque subest siue naturalis tantùm illa sit, siue ciuilis, cùm pignoris obligatio nonnisi accessoria sit ad principalem, aut naturalem, aut honorariam, aut ciuilem *l. res hypotheca 5. infr. de pignor.* DEC. Multùm interest, an paterfamilias factus debitum agnoscat soluendo partem debiti, an pignus dando solutio afficit substantiam obligationis, quam & perimit: liberationem enim parit, quæ obligationem necessariò præsupponit. At pignoris datio nihil commune habet cum obligatione principali, nisi quod eam supponit, cæterùm nec eam confirmat, nec perimit, sed tantum facit, vt debitum qualequale illud est in tuto sit, ad pignoris vsque quantitatem *l. sed etsi 25. §. si tamen pignori supr. de hered. petit.* Ergo supra pignoris quantitatem non potest videri paterfamilias ratum habere contractum, quem eo tempore iniit quo filiusfamilias erat, quod secus esset, si vel minimam debiti quantitatem suæ potestatis effectus soluisset, atque, id est, quod Accursius ad hanc legem, notat pignus non dari pro debito liberando & in solutum creditori, quomodo datur pecunia. Sed quod addit pignus dari pro eo quod debeo, & si nihil debeo, aut mancum est, aut quid sit, intelligere non possum. Etsi enim verum est, pignus dare me posse, non tantùm pro eo quod debeo, sed etiamsi nihil debeam, id tamen ita accipi debet, si modo id quod ego non debeo, à quouis alio debeatur. Nec enim pignoris obligatio, quæ vti diximus, accessoria est, subsistere posset sine principali. In proposita verò specie quod filiusfamilias non debet, qui mutuam ipse accepit pecuniam, alius nemo debet. Necesse igitur est, vt cùm pignus dedit vel propriam suam obligationem agnouerit, vel nullam. In priore itaq; diuersitatis ratione quam attulimus perstandum est.

1 ¶ Si ab alio donatam sibi pecuniam, filius creditori soluerit: an pater vindicare, vel repetere possit? & ait Iulianus, siquidem hac conditione ei donata sit pecunia, vt creditori soluat, videri à donatore profectam protinus ad creditorem, & fieri nummos accipientis: si verò simpliciter ei donauit, alienationem eorum filium non habuisse: & ideo, si soluerit, condictionem patri ex omni euentu competere.

Ad §. 1 Si ab alio.

RAT. DVB. Quoties filiusfamilias pecuniam ab aliquo accipit, siue ex donationis causa, siue ex alia qualibet, dominium pecuniæ acquiritur per filiumfamilias patri, ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij *l. placet 79. de acquir. hered.* Atqui pecunia quæ semel patris facta est, nonnisi eo volente & consentiente alienari per filium potest ex regula *l. id quod nostrum 11. de reg. iur. l. si ego 9. §. si res de iur. dot.* Ergo indistinctè dicendum est si ab alio donatam sibi pecuniam filiusfamilias creditori suo soluerit, posse patrem eam pecuniam vel vindicare, si extet, vel condicere, si consumpta sit, etiamsi hac condicione donata sit filio pecunia, vt creditori eam solueret, perinde atque si simpliciter donata esset. DEC. Multum interest, an filiofamilias donata sit simpliciter pecunia, an hac lege & condicione, vt filiusfamilias eam creditori solueret. Priore casu id obtinet, quod modò diximus, quia cùm patri per filiumfamilias quæsitum sit dominium pecuniæ, verum est filiumfamilias eius pecuniæ alienationem inscio patre non habuisse, & ideò si eam filius creditori suo soluerit, vindicationem patri tanquam domino dandam esse: quia potest quilibet vindicare id quod suum est *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* scilicet quandiu extat pecunia: nam si consumpta sit, cùm vindicari iam non possit, condictio patri necessaria est. Idque est quod Vlpianus ex Iuliano hîc scribit, si simpliciter donata sit filiofamilias pecunia, isque creditori suo qui contra Senatusconsultum contraxerat, eam soluerit, *condictionem patri ex omni euentu competere,* non eo sensu quem putat Accursius, siue pecunia extet siue non, dummodò, inquit, mala fide acceperit, secus si bona fide, vt hunc locum conciliet cum Marcelli responso in *l. si filiusfamilias 14. supr. de reb. credit.* sed quomodo Cuiacius benè explicat *libr. 14. Obseruat. cap. 35. ad extremum, & omnimodo,* id est, eo casu quo cesset vindicatio, quod Gallicè diceremus *au pis aller,* vt scripsimus ad *d. l. si filiusfamilias,* vnde petenda sunt, quæ alioqui ad hanc Iuliani sententiam contra Marcellum tuendam adferri hîc deberent, & aduersus ea quæ nugatur hîc Accursius de condictione furtiua. At posteriore casu, id est, cùm non simpliciter pecunia filiofamilias donata est, sed hac lege & condicione, vt eam filiusfamilias creditori suo solueret, neque vindicatio patri dari potest, neque condictio, quia videtur pecunia à donatore profecta statim ad creditorem, & rectà ad eum peruenisse, quasi nec interposita filiifamilias persona, aut saltem quasi electo filiofamilias tanquam nudo ministro, cuius persona nunquam attendi solet, ita vt iuris varietatem aliquam inducat *l. si quis Titio 17. de legat. 2. l. absenti 10. infr. de donat.* Inde accidit, vt pecunia hæc soluta creditori per filiumfamilias fiat accipientis, neque per velut mediam patris personam dominij translatio impediatur *l. profectitia 5. §. si quis certam infr. de iur. dot. iunct. l. si mandauero 22. §. si mandauerim infr. mandat.* Quid ergo si filiusfamilias donatam sibi pecuniam hac lege, vt eam creditori suo solueret, non soluerit? Non eo magis acquiretur patri pecunia, sed vindicare illam donator poterit quasi adhuc suam, necdum alienatam si extet, aut si consumpta sit condicere eam non patri quam non consumpserit: sed filiofamilias, qui ex omnibus

causis & actione qualibet conueniri potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Sic enim locum hunc intelligo, & quod ad eum notat Accursius ex *dict. l. profectitia 5. §. si quis certam de iur. dot.* Condictio enim quælibet supponit translationem dominij, aut saltem amissionem ex parte actoris, cùm nemo possit rem suam condicere, nisi à fure *l. vltim. supr. vsufr. quem. cau.*

2 ¶ Hoc Senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet. nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. nam & ei quoque, qui filiofamilias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest, consumpti sint nummi, an exstent in peculio. multo igitur magis, seueritate Senatusconsulti, eius contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit.

Ad §. 2. Hoc Senatusconsultum.

RAT. DVB. Senatusconsultum Macedonianum non modò de filiofamilias duntaxat locutum est, non etiam de filiafamilias *l. 1. supr.* Sed etiam ratione illa inductum fuit, quæ solis filiis non etiam filiabus familiarum conuenire videatur. Nec enim tantopere verendum erat, vt filiæfamilias æris alieni tædio & impatientia in necem parentum aliquid machinarentur, quod Senatus in filiorum & masculorum personis contingere facilè potuisse veritus ac suspicatus est. Filias namque pro infirmitate sexus minùs ausuras esse credibile est *l. quisquis 5. §. ad filias C. ad leg. Iul. Maiest.* Ergo neque ex verbis neque ex mente Senatusconsulti ad filias quoque familiarum seueritas Macedoniani potest pertinere. Maximè verò si proponas filiamfamilias ex ea pecunia, quam mutuam accepit, ornamenta muliebria comparasse, quæ adhuc extent, & quæ si non comparasset, pater eius comparare ipsi debuisset. Quasi versa hoc casu pecunia in rem patris.

DEC. Par & æquale odium est creditoris siue filio siue filiæfamilias mutuam pecuniam dantis, nec minùs vno casu quàm alio potest ea datio pecuniæ parentibus perniciosa esse, quod sufficit, vt seueritas Senatusconsulti etiam ad eos qui filiæfamilias pecuniam crediderunt produci debeat *l. 3. §. is autem solus supr.* Sed & maiore odio dignus est creditor qui filiæ, quàm qui filiofamilias pecuniam credit, cùm ea res suspectam facere possit filiæ pudicitiam, qua nihil charius aut preciosius habere pater potest, præter id quod infirmitas sexus creditorum fraudibus & captionibus magis exposita est: merito igitur & longè maiori ratione Senatusconsultum hoc ad filias quoque familiarum extensum est: quod Vlpianus noster significat postremis illis huius §. verbis, *Multo igitur magis seueritate Senatusconsulti eius contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit.* Nec proinde refert an ex ea pecunia emerit filiafamilias, ornamenta sibi necessaria & quæ adhuc extent, an non: Neutro enim casu potest videri hæc pecunia versa in rem patris: quemadmodum & cùm filiofamilias credita pecunia est, non distinguimus an nummi consumpti sint, an extent adhuc in peculio, sed omni casu ex amplissimi ordinis decreto actionem creditori denegamus, quia non ob id solùm quod pecunia filiifamilias credita in peculium eius versa est, statim in rem patris versa esse intelligitur, aut factus esse pater locupletior ex ea causa *l. nam si 6. infr. de in rem vers.* vbi dicemus. Itaque placet mihi quod Accursius noster contra Ioannem disputat, nec patrem nec filium teneri quasi factũ locupletiorem, quamuis pecunia credita versa sit in peculium, Odio scilicet creditoris qui contra Senatusconsultum contraxit *l. si filius tuus 6. C. hoc tit. iunct. §. penult. huius l. & l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Illud obseruandum est, quod in *dict. l. si filius* Impp. scribunt Senatusconsultum licèt filiifamilias tantùm meminerit, attamen etiam ad nepotes & pronepotes porrigi debere sicut & ad filiasfamilias in hoc §. extenditur, eâdem scilicet ratione iuris & æquitatis in omni casu eandem seueritatem exigente *l. filium 14. infr.* vbi dicemus.

3 ¶ Non solum filiofamilias, & patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, & mandatori eius: quia & ipsi mandati habent regressum, nisi fortè donandi animo intercesserunt. tunc enim, cùm nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed & si non donandi animo [a] patris tamen voluntate intercesserunt: totus contractus à patre videbitur comprobatus.

Ad §. 3. Non solùm.

RAT. DVB. Senatus non nisi de filiofamilias & patre locutus est; de fideiussoribus verò filiifamilias nihil prorsus constituit, vt constat ex *l. 1. supr.* Ergo non debet Senatusconsultum extendi ad fideiussores, quorum sicut obligatio ita & persona omnino diuersa est, & separata à persona filiifamilias. Et verò cùm nemo nisi volens & vltro pro alio fideiubeat, imputare sibi debet qui pro filiofamilias fideiussit, & in eam se necessitatem sponte ac lubens coniecit *arg. l. si fideiussor 7. §. si necessaria supr. qui satisd. cogant. l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution.* Nec nouum est, vt exceptio aliqua competat reo, quæ tamen non competat fideiussori, puta si personæ non rei cohæreat *l. exceptiones 7. infr. de except.* qualis videri potest exceptio Macedoniani quæ filiofamilias datur, nec alia ratione, quàm quia filiusfamilias est: Quæ ratio cessat euidenter in filiifamilias fideiussore, qui non mutuam pecuniam accepit, sed fideiussit, quod nec filiofamilias prohibitum est *l. item si 7. supr.* multo magis si fideiussor paterfamilias proponatur, Filiifamilias namque persona illa est, quæ meruit præcipuum fauorem, vt de pupillo scribit Papinianus in

nus in *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor.* Neque rursum ad obligandum vtiliter & efficaciter fideiussorem quicquam aliud requirimus, nisi vt præcedat aliqua principalis obligatio saltem naturalis *l. stipulatus sum 6. §. vlt. & l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.* In proposito autem constat Senatusconsulti Macedoniani potestate non impediri naturalem filiifamilias obligationem *l. prox. infr.* at neque ciuilem, cùm actio contra filiumfamilias pro mutua pecunia accepta obligatum competat ipso iure, quamuis aut deneganda sit à Prætore cuius est, actiones omnes etiam competentes vel dare vel ex causa denegare *l. necessariis 57. de acquir. hered.* aut saltem concedenda sub exceptione. Quidni ergo etiam pro filiofamilias interuenire fideiussor efficaciter poterit?

Dec. Omnes exceptiones quæ reo competunt, fideiussoribus quoque ipsius inuito etiam ipso reo competunt *l. omnes 19. infr. de except.* nisi si quæ sint merè personales & personæ principalis debitoris omnino cohærentes *dict. l. exceptiones*, inter quas non est exceptio Macedoniani. Cohæret enim rei non personæ, vt in eadem lege scriptum est. Pendet siquidem & proficiscitur ex æquitate negotij, non ex qualitate personæ, præsertim verò hæc de qua tractamus, quæ non tam fauore filiifamilias, quàm odio creditoris inducta est, vt ad finem huius legis Vlpianus scribit, nec sanè quicquam prodesset dari exceptionem hanc filiofamilias, nisi etiam fideiussoribus eius daretur, siquidem vbi soluere coacti essent, haberent regressum contra filiumfamilias ad indemnitatem ab eo consequendam vel actione mandati si mandatum interuenisset. Vel negotiorum gestorum nullo mandato interueniente *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Itaque per mediam fideiussoris personam ipse quoque filiusfamilias effectu ipso conueniri videretur, quod apertè contra Senatusconsulti mentem esset *l. si quis reum 5. infr. de liber. legat. l. cùm lex 47. infr. de fideiuss.* quæ ratio facit, vt si nullum regressum fideiussor contra filiumfamilias habere possit, putà si pro eo fideiusserit animo donandi, aliud vtique dici oporteat, dandam scilicet non esse hanc exceptionem fideiussori cui alioquin non tam ipsius, quàm filiifamilias intuitu accommodatur *d. l. si quis reum*, idemque est in cæteris omnibus casibus in quibus fideiussor nullum regressum aduersus reum habere potest, de quibus in *l. si remunerandi 6. § si passus infr. mandat.* Alia ratio est Senatusconsulti Velleiani. Improbat enim totam obligationem, totumque contractum etiam fideiussorum, tametsi nullum regressum aduersus mulierem habituri sint *l. si mulier 16. §. si ab ea infr. ad SC. Velleian.* Nempe quia, vt ibidem Iulianus ait, restituitur à Prætore prior debitor creditori, qui sic indemnis seruatur, quod in SC. Macedoniano non similiter contingit. Præter id quod, vt Accursius hîc notat, odium Macedoniani restringendum fuit, fauor verò Velleiani ampliandus *l. cum quidam 19. infr. de liber. & posthum. cap. odia de regul. iur. in 6.*

a *Sed & si non donandi animo.* Rat. dub. Cùm pro filiofamilias fideiussores intercesserunt, etiamsi ex patris voluntate, non eo minùs verum est filiumfamilias obligatum esse contra Senatusconsulti authoritatem: & contra eum habituros esse regressum fideiussores, si ex ea fideiussione conueniantur, & soluere compellantur, vt proximè diximus. Ergo per consequentias filius quoque familias hoc casu contra Senatusconsulti mentem conuenietur. Dec. Pater qui fideiussoribus pro filiofamilias intercedentibus consensum suum accommodat, totum filij contractum adprobare intelligitur, id est, non minùs quod ad filiumfamilias ipsum attinet, quàm quod ad fideiussores ipsius, cùm fideiussorum obligatio accessoria sit ad principalem, nec possit absq; principali subsistere *l. cùm principalis 178. de regul. iur.* Nihil ergo vetat etiam per medias fideiussorum personas filiumfamilias conueniri, qui & ipse rectà conueniri posset. Nec enim Senatus vnquam improbat eos filiifamilias contractus quos pater, vel nuda sua scientia nedum expressa sua voluntate comprobauerit *l. si tantùm 12. infr. hoc tit.* Alia causa est filiifamilias, qui tanquam patris institor contraxerit, & fideiussores dederit, de quo in *l. item si 7. §. interdum in fin. supr. hoc tit.* Illo namque casu totus filiifamilias contractus ab initio valet, quia patris qui filium institorem præposuit, filius contraxisse intelligitur, vt scriptum est in *d. §. interdum.* At Vlpianus hîc tractat casum illum dubitabiliorem quo filiusfamilias contra Senatusconsultum ab initio contraxerit, & sine voluntate patris, qui tamen postea contractum totum ratum habuerit, & comprobauerit, consentiendo vt pro filiofamilias fideiussores obligentur, qui casus certè sicut à superiore diuersus, ita longè dubitabilior est.

4 ¶ Et hi tamen, qui pro filiofamilias sine voluntate patris ejus intercesserunt, soluendo non repetent. hoc enim & diuus Hadrianus constituit, & potest dici. non repetituros atquin perpetua exceptione tuti sunt. sed & ipse filius: & tamen non repetit. quia hi demum solutum non repetunt, qui ob pœnam creditorum actione liberantur: non quoniam exonerare eos lex voluit.

Ad §. 4. Et hi tamen.

Rat. dub. Qui pro filiofamilias sine voluntate patris nec donandi animo fideiusserunt, regressum habere, si soluant, contra filiumfamilias possunt, siue mandati, siue negotiorum gestorum actione, ideoque ipsis per Senatusconsultum Macedonianum non minùs quàm filiofamilias succurritur, vt vidimus in §. *præcedente.* Ergo ne id accidat, melius est, dicere eos, si soluant, posse repetere à creditore, tanquam qui soluerint eam pecuniam, quam ne soluere cogi possent, perpetua exceptione tuti erant, ex generali regula *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Nam nec propriè creditorem illum appellamus, qui exceptione perpetua summoueri potest. Eos autem qui temporalem exceptionem timent, condicionalibus tantùm creditoribus comparamus *l. creditor 55. iunct. l. creditores 10. de verb. signific.* Dec. Si filiifamilias fideiussor qui sine patris voluntate, quamuis non donandi animo fideiusserat, soluerit, non potest repetere, neque à filiofamilias pro quo soluit, cùm exceptionem perpetuam

qua tutus erat, sciens omiserit *l. si fideiussor 29. in princip. infr. mandat.* quam nec prætermittere potuit per ignorantiam nisi iuris, quæ ipsi non filiofamilias nocere debet, neque ab ipso creditore, quoniam regula illa quæ habet eum, qui tutus exceptione perpetua soluit, posse repetere, non est perpetua. Fallit enim si exceptio illa perpetua cōparata sit in odium eius cui debetur *d. l. qui exceptionem*, idque est quod paullò apertiùs Vlpianus hîc scribit, eos demùm solutum non repetere, qui ob pœnam aut potiùs in pœnam creditorum actione liberantur per eiusmodi exceptionem perpetuam, non quià exonerare illos lex voluerit. Id verò contingit in exceptione Senatusconsulti Macedoniani, quæ, vt sæpius diximus, non tam fauore filiorumfamilias comparata est, quàm odio creditorum: in quo maximè differt ab exceptione Velleiani *d. l. qui exceptionem*. Vnde fit vt nec filiusfamilias possit repetere, si soluerit: quanto minùs ergo ipsius fideiussoribus permittendum erit, vt repetant? Et hic huius §. sensus est, vbi malè vulgo *alioquin* legitur pro eo quod rectiùs in Pand. Florent. *atquin*. Oppositio enim, vt Accursius noster loquitur, & obiectio illa est, eaque ipsa ratio dubitandi quam attulimus, propter quam videbatur dandam esse fideiussoribus soluti repetitionem, quia scilicet perpetua exceptione tuti soluerant. Ad quam obiectionem statim respondet Vlpianus iis verbis, *sed & ipse filius, & tamen non repetit:* quorum verborum sensus ille est, quem explicauimus, ipsum quoque filiumfamilias qui contra Senatusconsultum se obligauit, perpetua exceptione perinde tutum esse, nec eo magis tamen repetere, quoniam odiosa non fauorabilis exceptio est. Quod ergo filiofamilias non permittitur, multo minùs ex eius persona fideiussoribus permittendum esse.

5 ¶ Quamquam autem soluendo non repetant.

10. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

QVia naturalis obligatio manet:

Ad § vlt. Quamquam & ad l. seq. Quia naturalis 10.

RAT. DVB. Exceptio perpetua non potest tollere naturalem obligationem, cùm omnes exceptiones sint ex iure prætorio: naturalis autem obligatio ex iure naturali & gentium *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* Quæ porrò sunt iuris naturalis aut gentium nullo contrario iure siue ciuili siue prætorio dirimi possint *§ penult. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil. §. vlt. Instit. de legit. agnat. tutel. l. eas obligationes 8. supr. de capit. minut.* Atqui exceptio perpetua inducit soluti etiam naturaliter debiti repetitionem *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Ergo non est bona ratio, quæ ad Vlpianum adfertur hîc ex Paulo, vt neque filiusfamilias qui aduersus Senatusconsultum contraxit, neque fideiussores eius si soluant, possint repetere ideo quia maneat naturalis obligatio. Alioqui perinde dicendum esset nec mulieri quæ contra Senatusconsultum Velleianum intercessit, nec eius fideiussoribus dandam esse si soluerint, condictionem, quod tamen euidenter falsum est *d. l. qui exceptionem.* Sed & quod ex Paulo hîc dicitur, naturalem obligationem manere tale est, quasi non etiam maneat obligatio ciuilis, quam tamen certum est, non minùs remanere quàm naturalem. Alioqui nec de danda nec de deneganda actione tractari posset, cùm actio quælibet personalis supponat præcedentem aliquam ciuilem obligationem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat. l. si mulier in iure 23. infr. ad SC. Velleian.* Non est igitur bona ratio, quæ in hac lege adfertur ex Paulo. DEC. Est ille vnus ex præcipuis effectibus obligationis naturalis, vt impediat soluti repetitionem *l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur. l. naturales 10. infr. de oblig. & action.* nisi cùm effectus hic impeditur, potestate exceptionis perpetuæ, cuius eam vim esse Prætor voluit, non vt naturalem obligationem tolleret, quod facere Prætor non potuit, sed vt naturalis obligationis effectum hunc, qui non naturalis, sed ciuilis aut prætorij quoque iuris est, superaret. Atqui non semper impeditur effectus hic obligationis naturalis potestate exceptionis perpetuæ, nisi cùm eiusmodi exceptio fauorabilis & fauore debitoris exonerandi introducta est, non etiam cùm odiosa, id est, in odium potiùs & in pœnam creditoris comparata *d. l. qui exceptionem*, & nos diximus ad legem præcedentem: Ergo cùm Macedoniani exceptio perpetua quidem, sed tamen odiosa sit, nec proinde obligationis naturalis effectum impedire possit, optima certè ratio est, quam hîc Paulus adfert ad denegandam filiofamilias eiusque fideiussoribus debiti soluti repetitionem, quòd naturalis obligatio maneat. Est enim proxima hæc & immediata caussa propter quam denegari debeat condictio indebiti, quia nec indebitum dici verè potest, quod saltem naturaliter debitum est. In eoque noster errauit Accursius qui rationem hanc sufficientem non esse scripsit. Non esset vera fateor in exceptione Velleiani, quia non est odiosa, vt diximus, sed in exceptione Macedoniani & verissima & certissima est. De ciuili autem obligatione, idcirco nihil hîc dicimus, non quasi tollatur ea, vel impediatur per Macedonianum ipso iure magis quàm naturalis, sed quia ciuilis remanet sine effectu, cùm facere nequeat vt actio creditori omnino danda sit, quæ omnimodo è contrario deneganda est, aut saltem non concedenda, nisi sub exceptione Macedoniani. Vnde fit vt obligatio illa ciuilis quamuis remaneat, impedire tamen repetitionem non possit, in eoque minoris potestatis sit quàm obligatio naturalis, quia quod dicimus, ei cui damus actionem multo magis dandam esse exceptionem & retentionem *l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* tunc verè dicitur, cùm actio talis competit, quæ omnimodo danda est, & quidem sine vlla exceptione qualis hæc non est, quæ ipso quidem iure competit creditori qui aduersus Senatusconsultum contraxit, sed ita vt vel deneganda sit à Prætore, vel saltem per subiectam Macedoniani exceptionem, vt diximus, corrigenda.

Tamen

II. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

TAmen, si non opposita exceptione condemnati sunt, vtentur Senatusconsulti exceptione. & ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis.

Ad l. Tamen, si non opposita II.

RAT. DVB. In iudiciis quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit infr. tit. prox.* & per contestationem litis fit quædam nouatio, adeoque delegatio *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* sicut & per iudicatum *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Nouatio autem solutionis instar obtinet, quia nõ minùs quàm solutio perimit actionem *l. 1. eod. tit. & Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui si filiifamilias debitoris fideiussores qui exceptione Macedoniani perpetua tuti erant, soluissent, non possent repetere, vt diximus in *§. pen. & vlt. l. sed si paterfamilias 9. supr.* Ergo etsi passi sint se condemnari ob non oppositam exceptionem, æquè dicendum est cogendos eos pati executionem iudicati, quia perinde sibi debent imputare cur non ante sententiam & condemnationem opposuerint exceptionem *arg. l. 2. C. hoc tit.* quasi eam hoc ipso remisisse videantur *l. peremptorias 2. C. sentent. resc. ind. non poss.* Solis militibus exceptis *l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Quẽadmodum enim remittentibus actiones suas regressus nullus dandus est *l. quæritur 13. §. si venditor infr. de adilit. edict.* ita neque remittentibus suas exceptiones *l. pen. C. de pact.* cùm is qui exceptionem suam remittit, similis sit donanti *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Et verò cùm publicè intersit mandari sententiam executioni propter rerum iudicatarum authoritatem *l. seruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* non est permittendum, vt executio iudicati impediatur per eam exceptionem oppositam, quæ ante sententiam & condemnationem opponi potuerat, & debuerat. Vigor enim sententiæ totus in executione consistit *l. pen. C. de execut. rei iudic.* & exceptiones omnes comparatæ sunt, vt impediant condemnationem, non vt condemnationis iam factæ executionem remouentur *l. 2. & l. exceptio 22. infr. de except.* DEC. Exceptiones de quibus tractari potest, an post iudicatum opponi possint, in duplici sunt differentia. Aliæ sunt enim, quæ impugnant ipsum iudicatum, aliæ verò quæ non impugnant. Quæ sunt prioris generis, cùm salua iudicati authoritate, quæ semper salua esse debet, opponi nequeant, si opponantur, non sunt admittendæ, ne non tam iudicati executio impediri videatur, quàm iudicatum ipsum subuerti, quod pro veritate haberi semper oportet *l. ingenuum 25. sup. de stat. homin. l. res iudicata 206. de regul. iur.* scilicet si iudicatum teneat. Alioqui si non teneat, puta quod cum falso procuratore litigatum sit, vt in *l. licèt 22. C. de procurat.* aut quod alia qualibet ratione iudicium nullũ sit, siue ratione iudicis, siue ratione partis aut rei de qua quæritur, vt loquitur Accursius nulla iudicati authoritas esse potest *tot. tit. C. si à non compet. iudic.* Quæ verò sunt posterioris generis, eæ opponi quandocunq; possunt, etiam post sententiam, quia iudicati authoritatem, ac veritatem non destruunt, eiusmodi sunt exceptiones compensationis *l. cùm militi 16. §. 1. inf. de compensat.* Qui enim condemnatus est quasi debitor cùm in executione iudicati compensationem obiicit, non negat se debere, sed ait paratum se id, quod debet per compensationem soluere: item solutionis, nisi super ipsa solutionis exceptione pronunciatum fuisse proponatur, aliud siquidẽ est de iure obligationis & actionis, aliud verò de facto solutionis pronunciatum esse. Obligatio namque & actio iuris est, solutio autem facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios. l. 1. C. de probat.* Item exceptio ne quis supra id quod facere potest, teneatur *l. Nesennius 41. §. vlt. infr. de re iudic. l. qui id quod 33. in princip. de donat.* Sunt & aliæ pleræque de quibus singulis hìc dicere nil attinet, sed inter cæteras hæc de qua nunc agimus Senatusconsulti Macedoniani, nõn quia ei renunciare filiusfamilias non possit, vt notat hìc Accursius (mala enim nec accõmodata ratio est, quamuis verum sit exceptioni huic renunciari non posse tanquam quæ non fauore filiifamilias, sed odio creditoris cõparata sit) sed quia non impugnat iudicatum. Qui enim hac vtitur exceptione sicuti non negat se ipso iure teneri, ita neque intendit condemnari se aut non potuisse, aut non debuisse: sed ait tantùm iuuari se debere beneficio Senatusconsulti, ne improbæ obligationis quam Senatus improbauit, effectum creditor consequatur. Ideoque nec aliud est in exceptione Velleiani, si mulier, quæ pro alio contra Velleianum intercessit, cõdemnata sit. Nam & ipsa & fideiussores eius in executione iudicati perinde Velleiani exceptionem obiicere poterunt, atque si nondum condemnatio secuta esset, vt ex Iuliano in hac ipsa lege Vlpianus scribit, addens exemplo mulieris intercedentis ita Iulianum in filiofamilias respondisse, quamuis exceptio Velleiani sit fauorabilis, id est, fauore mulieris non odio creditoris inducta, & cui ob eã causam renunciari posse à muliere, nec Accursius ipse diffitetur ex *l. vlt. §. pen. infr. ad SC. Velleian.* & si alia eius loci sententia & ratio fortassis est, de qua ibi dicemus. Vera igitur ratio, propter quam exceptio hæc Macedoniani etiam post sententiam opponi possit, non alia quærenda est, quàm quæ à nobis allata fuit, quod sit eiusmodi, vt non impugnet iudicatum, nec eius authoritatem conuellat. Itaque qui eam non opposuit ante sententiam non tam remisisse exceptionem credendus est, quàm iure suo & lege permittente in aliud tempus æquè habile & commodum distulisse. Ideoque nec donanti similis videri potest.

12. PAVLVS libro trigensimo ad Edictum.

SI, tantùm sciente patre, creditum sit filio: dicendum est, cessare Senatusconsultum. Sed si iusserit pater [a] filio credi: deinde, ignorante creditore, mutauerit voluntatem: locus Senatusconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.

Ad l. Si tantùm 12.

RAT. DVB. Is demum filiusfamilias videtur licitè, nec aduersus Senatusconsultum contraxisse, qui ex patris voluntate contraxit *l. sed Iulianus 7. §. interdum supr. l. 2. l. si permittente 4. C. hoc tit.* Atqui multum distat nuda scientia à voluntate, & longè plus est aliquem velle, quàm scire *l. 1. §. licèt autem 20.* vbi diximus *supr. de exercit. act.* Ergo vt cesset Senatusconsultum Macedonianum, non sufficit filiumfamilias sciente tantùm patre contraxisse, sed illud omnino exigi videtur, vt etiam volente ac permittente patre contraxerit. DEC. Quod Senatusconsulto Macedoniano prohibitum est, ne filiofamilias mutuam pecuniam credere liceat, non alia ratione factum est, quàm quia datio pecuniæ parentibus perniciosa esse posse, visa est *l. 3. §. is autem solus supr. hoc tit.* Atqui non aliis parentibus perniciosa esse potest, quàm quibus ignorantibus filiusfamilias contraxerit. Nam si sciuerunt, imputare sibi debent, cur non statim prohibuerint, cùm possent, aut saltem cur non continuò testationem interposuerint contrariæ voluntatis, vt in *l. si filiusfamilias patre absente 16. infr.* Proinde nuda patris scientia hoc casu pro expressa voluntate haberi debet, adeoque pro permissione si non nominatim prohibuerit, vt scriptum est in *l. sed Iulianus 7. §. interdum in fin. supr. hoc tit.* Neque verò nouum est, vt sola scientia noceat, nisi contradictio sequatur, vt in *l. quidam 12. infr. de euict.* Maximè si iustam contradicendi causam non habuit, is qui sciuit *l. 2. §. voluntatem l. dotem 37. infr. solut. matrim.* Hinc verò apparet malè vulgo hîc legi *si tamen*, & legendum esse, vt Florentiæ, *si tantùm sciente patre*, ad differentiam & exclusionem patris expressè volentis ac permittentis.

a *Sed & si iusserit pater.* RAT. DVB. Voluntas reuocata nihil nisi voluntas est, nec sufficit semel voluisse in iis casibus, quibus voluntas reuocari potest, tanquam ambulatoria *l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. inf. ad SC. Tertyll.* Ergo etiamsi pater iusserit filio credi, si tamen posteà voluntatem mutauerit, quamuis ignorante creditore, locus erit Senatusconsulto, quia verum est filiofamilias creditam fuisse pecuniam contra Senatusconsultum. DEC. In omnibus contractibus initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. infr. depos. l. 3. §. scio in fin. supr. de minor.* Atqui in proposita specie verum est, creditam fuisse pecuniam filiofamilias patre volente, adeoque iubente. Ergo quamuis posteà pater mutauerit voluntatem, non debet tamen ea mutatio nocere creditori, qui de contraria patris voluntate certioratus non fuit, cùm imputare sibi debeat pater, cur eum non certiorauerit. Nec enim potuit aut debuit creditor diuinare mutatam voluntatem *l. eum qui mutatam 22. infr. de probat.* Et quemadmodum debitor qui ex mandato reuocato soluit alij, quàm vero creditori, non eo minùs liberatur, si reuocationem ignorauerit *l. si quis seruo 18. l. qui hominem 34. §. si Titium infr. de solut. §. item si adhuc Instit. de mandat.* Ita & creditor qui filiofamilias credere à patre iussus, posteà ei credidit mutata iam patris voluntate, quam mutatam ignorauit, nihilominùs iussus est creditor, nec contra Senatusconsultũ contraxisse videri potest: initio scilicet inspecto. Reuocatio enim nunquam nocet, quæ fuit ignorata *l. sed etsi pupillus 11. §. proscribere supr. de instit. act. l. vero procuratori 12. §. sed etsi quis infr. de solut.* Aliud est in iis rebus in quibus durare patris voluntatem oportet, vt in specie *l. 4. in princip. de manum. vindict.* In Macedoniano autẽ non exigimus durantem patris voluntatem, sed hoc tantùm vt non ignorante patre creditor contraxerit, vt ex initio huius legis constat.

13. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI, quod alij mutuum dedimus, à filiofamilias nouandi causa stipulemur: non esse impedimento Senatusconsultum, Iulianus scribit.

Ad l. Si quod alij 13.

RAT. DVB. Nouatio nihil aliud est, nisi prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio *l. 1. infr. de nouat.* Ergo si quod alij mutuum dedimus, à filiofamilias nouandi causa stipulemur, perinde haberi debet, acsi filiusfamilias ex causa primæ obligationis, id est, creditæ pecuniæ nobis obligatus esset: ac proinde Senatusconsultum impedimento esse debet, ne filiusfamilias ex huiusmodi stipulatione obligetur: alioqui facilè inuenta erit via fraudandi Senatusconsulti, hoc adhibito commento, vt pecunia detur quidem mutua alij quàm filiofamilias, ipsa tamen obligatio pecuniæ creditæ statim in filiumfamilias per nouationem transferatur, quod permittendum non est *l. 5. §. si pupillus. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* ne quod vna via prohibitum est, permittatur altera *l. scire oportet 21. §. 1. de legit. tutor.* DEC. Aliud est verbis credere, aliud verò pecuniæ numeratione. Posterius hoc solummodo prohibitum est SC. Macedoniano non etiam prius, quoniam sola pecuniæ datio parentibus perniciosa esse posse, visa est *l. 3. §. is autem solus & l. 4. & seqq. supr.* Sed hoc semper intellige, nisi in fraudem Senatusconsulti tale quid excogitatum sit *d. §. is autem solus in fin.* vbi dixi, & *l. quidam 29. §. vlt. infr. ad SC. Velleian.*

14. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

FIlium habeo, & ex eo nepotem, nepoti meo creditum est iussu patris eius. quæsitum est, an contra Senatusconsultum fieret. dixi, etiam si verbis Senatusconsulti filii continerentur, tamen & in persona nepotis idem seruari debere. iussum autem huius patris non efficere, quo minùs contra Senatusconsultum creditum existimaretur: cùm ipse in ea causa esset, vt pecuniam mutuam inuito patre suo, accipere non possit.

Ad l. Filium

Ad l. Filium habeo 14.

RAT. DVB. Verbis Senatusconsulti Macedoniani continentur soli filij non etiam nepotes *l. 1. supr.* Ergo ad nepotes extendi prohibitio Senatusconsulti non debet. Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur *l. quid si nepotes 6. infr. de testam. tutel.* Sed neque filiofamilias credi prohibitū est, si modò patris iussus adeoq; nuda voluntas, aut ab initio præcesserit, aut ex postfacto superuenerit *l. sed si paterfamilias 9. §. non solùm in fin. l. si tantùm 12. supr.* Atqui tractamus hîc de nepote, non de filio: de nepote autem qui etiam iussu patris sui contraxerit: ergo dicendum est duplici ratione locum in hac specie Senatusconsulto esse non posse: præsertim cùm Senatusconsultum Macedonianum credatur esse odiosum, & exceptio Macedoniani odiosa *l. qui exceptionem 40. supr. de cōd. indeb.* vt proinde adiuuari non debeat per interpretationem adiuuari, sed potius restringi *l. cùm quidam 19. de liber. & post. cap. odia de regul. iur. in 6.* DEC. Senatusconsultum Macedonianum, quamuis non tam filiorūfamilias fauore, quàm creditorum odio factum sit, vt sæpius diximus: fauorabile tamen est, tanquam ex boni publici causa introductum, aduersus improbas fœneratorum artes potissimùm & calliditates: & fauorabilis igitur Macedoniani exceptio, licet inducta odio creditorum potiùs quā ad filiosfamilias exonerãdos *d. l. qui exceptionem & l. sed si paterfamilias 9. §. pen. supr.* Aliud enim est hoc dicere, quod verissimū est: aliud verò esse odiosam hanc exceptionem, quod falsissimū ex parte scilicet filijfamilias. In eoq; passim errant nostri interpretes & nos quoque errauimus, si quando ita post eos scripsimus. Quid enim fauorabilius bono publico, cuius causa etiam priuatæ vtilitati cuilibet anteponenda est *Auth. res quæ C. commun. de legat. l. ita vulneratus 51. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. 1. infr. de vsucap. l. hoc modo 64. de condic. & demonstr.* meritò igitur extensum fuit ad nepotes, quamuis verba solius filijfamilias meminissent *l. si filius 6. C. hoc tit.* nec enim minùs perniciosa parentibus esse potest numeratio pecuniæ, si nepoti credita sit pecunia, quàm si filiofamilias. Quæ tota fuit ratio Senatusconsulti *l. 3. §. is autem solus supr. hoc tit.* estq; multo facilius nepoti tanquam in iuniore ætate constituto, quàm filiofamilias insidiari, & auo tanquam seniori quàm patri. Rursum quod placuit filiofamilias credi posse, si patris voluntas interuenerit, de eo demum patre intelligi debet qui paterfam. sit, id est, qui siue filium siue nepotē habeat in potestate, alioquin si filius qui ipse in patris potestate est, filium habeat, etiamsi consentiat & iubeat millies, vt filio suo, eidemq; nepoti pecunia credatur; nihil tamen agit, cùm filium suum in sua potestate habere non possit, qui ipse non est suæ potestatis *l. si euenet 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* Aui ergo voluntas omnino exquirenda est, vt cesset Senatusconsultum. Quid enim esset absurdius quàm voluntatem sufficere filij, qui ipse in ea causa est, vt pecuniam mutuam inuito patre suo accipere non possit? quomodo hîc eleganter ac subtiliter Paulus ratiocinatur. Itaque verum est, quod hinc Accursius notat, quod quis per seipsum facere non potest, nec alij permittere posse, vt faciat ex *l. qui alieno 46. §. quamquam supr. de negot. gest. l. si filiusfamilias 7. de acquir. hered. l. cùm quis de regul. iur.* licet non sit nouum, vt quis plus iuris aliquando in aliū transferat, quàm ipse habeat *l. quod nostrū 63. supr. de vsufr. l. apud officium in princ. infr. de manum. vindict.* Concludendum igitur est in proposita specie, in persona quoque huius nepotis Senatusconsulto locum esse.

15. MARCIANVS libro 14. Institutionum.

NIhil interest; quis filiofamilias crediderit: vtrum priuatus, an ciuitas. nam in ciuitate quoque Senatusconsultum locum habere, Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Nihil interest 15.

RAT. DVB. Ciuitas æquiparari solet non tantùm minori; sed etiam pupillo, *l. ciuitas 27.* vbi diximus *supr. de reb. credit.* Atqui minori non obstat Macedoniani authoritas, quo minus restitui in integrum possit aduersus filiumfamilias maiorem cui pecuniā crediderat, vt maior ætatis quàm Senatusconsulti ratio habeatur *l. verum 11. §. vlt. supr. de minor.* Ergo nec ciuitati nocere debet, si filiofamilias pecuniam mutuam crediderit, quamuis ignorante patre, præsertim cùm non possit ciuitas vlla videri tam improba, quàm improbus fuit Macedo ille qui Senatusconsulto causam dedit, denique non potest ciuitas non esse fauorabilior priuato quolibet siue minore siue maiore, non solùm quod ex pupillis & viduis constet, alijsq; personis quæ miserabiles vulgo exstimantur, sed etiam quia vix est, vt quicquam facere ciuitas dolo malo possit, cùm in vnum consentire municipes & ciues nō possint *l. 1. §. vlt. infr. de acquir. poss.* DEC. Senatusconsultum Macedonianum & filijsfamilias & parentibus prospectum esse generaliter voluit aduersus periculum, quod ex ære alieno per filiosfamilias citra parentū authoritatem & voluntatem contracto metui iusto poterat *l. 1. l. 3. §. is autem solus & pass. supr.* Periculum autem hoc par & æquale est, siue à ciuitate, siue à priuato filiusfa. pecuniā mutuā acceperit. Indistinctè igitur SC° locus esse debet, cùm Senatusc̄ōsulti ratio generaliter locū habeat, tametsi Senatusc̄ōsulti verba de Macedone tantū, id est, de priuato creditore c̄ōcepta sint, non etiā de ciuitate. Neq; verò & dolum & vim quæ sine dolo esse numquam potest *l. 2. §. doli mali infr. vi bonor. rapt.* committere ciuitas minus potest quam priuatus quilibet *l. metum 9. §. animaduertendum* sibi diximus *supr. quod met cauſ.* vtitur ergo ciuitas iure priuati & quidem maioris nō minoris *l. eum qui de verb. signific.* vt benè hîc notat Accursius, inde inferens non esse igitur ciuitatē exēplo minoris in integrum restituendam aduersus filiumfamilias qui mutuam accepit pecuniam *arg. l. sed etsi 26. §. vlt. supr. ex quib. cauſ. maior. l. vlt. C. de sacrosſ. eccleſ. l. rempublicam C. de iur. Reipub.* Nec enim prætextum ætatis aut alium vllum habet ciuitas petendæ restitutionis, quomodo habet minor *d. l. verum 11. §. vlt. supr. de minor.* Et tamen ne quid hac de re dubitationis superesset, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, Senatusc̄ōsultū hoc in ciuitate quoque locum habere, vt Marcianus hîc refert.

16. PAVLVS libro 4. Responsorum.

SI filiusfamilias, absente patre, quasi ex mandato eius, pecuniam acceperit: cauisset: & ad patrem literas emisit, vt eam pecuniam in prouinciam solueret: debet pater, si actum filij sui improbat, continuò testationem interponere contrariæ voluntatis.

Ad l. Si filiusfamilias 16.

RAT. DVB. Videtur innocens creditor, qui absente patre pecuniam mutuam dedit filiofamilias canenti eam se pecuniam ex patris mandato accepisse, & ab eodem filiofamilias accepit literas ad patrem, vt eam pecuniam pater in prouincia solueret. Non enim potest videri malum consilium tanquam alius Macedo fraudandi filiifamilias habuisse, & moliendi aliquid in necem & perniciem patris, qui patrem de ea pecunia credita certioratum voluit, ergo dicendum est hoc casu Senatusconsultum cessare, quod non nisi creditorum odio inductum est, vt toties diximus. Aut si quis potiorem patris, quàm creditoris causam esse velit, videtur dicendum indistinctè patrem omni casu adiuuandũ esse exceptione Macedoniani, cùm & eo ignorante primùm credita sit pecunia, & postquàm sciuit creditam prohibere iam non potuerit, ne crederetur.

DEC. Credulitas nimia creditoris nocere ipsi debet, non patri de cuius mandato non constabat, quamuis filiusfamilias diceret mutuam se pecuniam ex patris mandato accipere *l. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit. l. qui hominem 34. §. si nullo infr. de solut.* Nec rursus quod filius ad patrem literas daret, vt pecuniam in prouincia vbi creditor erat, creditori solueret, potuit bonam facere causam creditoris, cùm in patris literas accipientis potestate esset, nolle tamen soluere, alioqui sola filij voluntas obligaret patrem, cùm è contrario filium ex voluntate patris contrahere necesse sit, vt obligetur. In proposita igitur specie creditor summouendus est exceptione Macedoniani, si nolit pater acceptis literis consentire, planè quia prohibere ampliùs non potest, ne id fiat, quod iam factum est, solùm hoc ei superest, vt acceptis literis continuò testationem interponat contrariæ voluntatis, ne alioqui si literas filij non improbet hoc ipso adprobare eas videatur. Nam & aliàs regulare illud est, vt qui non improbat, statim quod improbare potest hoc ipso probare intelligatur, vt hic notat Accursius ex *l. vnic. in fin. infr. furt. aduers. naut. caupon. stabular. l. 1. §. magistrum supr. de exercit. act. l. sed & si pupillus 11. §. de quo palam de instit. act. l. vlt. infr. quand. appell. sit & intr. quæ tempor. l. 1. C. de patr. potest. l. ab eo 3. C. quand. & quomod. iud. l. vlt. Cod. si mancip. ita fuer. alien. l. donatio 25. versf. hisque penitus C. de donat.* Denique cùm scientia patris sola sufficiat ad confirmandum filijfamilias contractum, nisi contradictio accedat *l. si tantùm 12. supr. hoc tit.* consequens omnino est, vt contradicere pater debeat, vel per prohibitionem si cum filio nondum contractum sit, vel per testationem contrariæ voluntatis, si iam filius contraxerit, quia tantùm potest comprobatio patris ad validandum filiifamilias contractum, quantum iussus antequàm contractum sit *leg. sed si paterfamilias 9. §. non solùm versic. sed etsi non donandi supr. hoc titul.* Illud non malè probatur ex hac lege quod Bartolus ad eam notat ratione coniunctionis, eum qui epistolam recipit videri ea omnia approbare, quæ in ea epistola continentur, nisi statim dissentiat.

17. IDEM libro 2. Sententiarum.

FIliusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, vt eam pro sorore sua in dotem daret: pater eius de in rem verso actione tenebitur. ipsi enim, mortua in matrimonio puella, repetitio dotis datur.

Ad l. Filiusfamilias si in id 17.

RAT. DVB. & DECIS. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l. item si filiusfamilias 7. §. sed etsi filiusfamilias 2. supr. hoc tit.* etsi huius loci species diuersa est ab illa, quæ ibi proponitur. Hîc enim tractatur de dote quam filiusfamilias pro sorore sua dederit ignorante patre: ibi verò de ea dote, quam pro filia sua filiusfamilias constituit. Vtriusque nimirum huius dotis onus ad patrem non ad filiumfamilias pertinet, & vtroque casu dos censetur esse profectitia, quæ proinde mortua in matrimonio puella, id est, vt ego interpretor, sine liberis, ad patrem reuertitur, non tam ex ratione iuris quàm iure miserationis, ne pater & dotis & filiæ aut neptis iacturam sentiat *l. profectitia 5. §. si filius & l. iure succursum 6. infr. de iur. dot. l. & ideo 7. §. vlt. cum l. seq. infr. de in rem vers. l. dos à patre 4. C. solut. matrim.* Adeo vt nec distingui oporteat, an filiafamilias fuerit ea, quæ dotem profectitiam accepit, an emancipata quia dotem profectitiam facit nomen patris non ius potestatis *d. l. profectitia §. penult. dixi mortua in matrimonio filia vel nepte sine liberis*, quia propter liberos superstites retinebat maritus sextas in singulos liberos ad dimidiam vsque partem dotis soluto per diuortium matrimonio. Quintas verò sisque in infinitum si morte mulieris matrimonium solutum esset, vt Vlpianus in Fragmentis scribit *tit. de dotib.* & nos latiùs tractauimus *lib. 1. coniect. cap. 14.* meliùs autem *libr. 14. coniect. cap. 1. & seqq.* vbi vide.

18. VENVLEIVS libro 2. Stipulationum.

CReditorem filiifamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, Iulianus scribit: quia nulla obligatio aut ciuilis, aut naturalis superfit, cui fideiussor accedat planè à patre, eius actionis nomine, quæ de peculio aduersus eum competat, fideiussorem rectè accipi.

Ad l.

Ad l. Creditorem 18.

RAT. DVB. Filiusfamilias mutuam pecuniam etiam contra Senatusconsultum accipiendo & naturaliter obligatur & ciuiliter, licèt nō efficaciter vt possit cum effectu conueniri *l. quia naturalis* 10. vbi dixi *supr. hoc tit.* Multò magis si contra Senatusconsultum nihil fecerit, putà si sciente nec permittente patre contraxerit, *l. si tantùm* 12. *supr.* quem casum Venuleius proculdubio hîc tractat, cùm subiiciat eius actionis nomine quæ de peculio contra patrem competit, fideiussorem à patre accipi posse. Necenim vlla de peculio actio contra patrem competit ex eo contractu, quem filius contra Macedonianum inierit *l. si filius* 6. *C. hoc tit.* Atqui vt fideiussor accipi possit vtiliter & efficaciter satis est, vel naturalem aliquam obligationem subesse, quamuis alioquin ad agendum inefficacem *l. stipulatus sum* 6. §. *vlt. l. fideiussor* 16. §. *fideiussor inf. de fideiuss. l. is cui bonis* 6. *de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis, de solut.* Nec quod iam mortuus filius proponatur fideiussoris obligationem videtur posse impedire, cùm filiusfamilias moriens relinquat patrem non quidem heredem iure Pandectarum inspecto (hoc enim primus Iustinianus constituit in *Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient.*) sed tamen quasi anomalum, vt vocant, & irregularem successorem, qui filij bona tanquam pater occupat iure peculij, id est, patriæ potestatis *l.* 1. *&* 2. *& pass. infr. de Castrens. pecul. l. si infanti* 18. *Cod. de iur. delib.* Nam & inde esse videtur, quòd si filiusfam. heres institutus sit & statuliber filiofamilias dare iussus, potest ad libertatem peruenire dando patri etiam post mortem filij quasi heredis heredi, vt eleg. nter Vlpianus scribit in *l. si statulibera* 6. §. *si filiusfamilias infr. de statuliber. iunct. l. seruus* 34. *in princip. eod.* Certum enim est non tantùm in heredem, sed & in alium successorem quemlibet transire omnes defuncti obligationes, nec minùs passiuas quàm actiuas, *l.* 1. *Cod. si cert. petat. l. vlt. & pass. Cod. de heredit. action.* Neque verò potest pater occupare bona filij, nisi deducto priùs ære alieno, vt nec bona dicuntur, nisi quæ alieno ære deducto supersunt, *l.* 1. *l. non possunt* 11. *de iur. fisc.*

DEC. Obligatio fideiussoria cùm accessoria sit non potest sine aliqua principali subsistere, saltem quæ sit futura *d. l. stipulatus sum* §. *vlt.* Nam quæ fuit & esse iam desiit, non potest hunc habere effectum, quem habet futura obligatio, licèt futura non magis subsit quàm præterita. Hoc enim facit spes futuri euentus, vt & in *l. propter spem* 23. *supr. famil. ercisc.* quia quod nondum est, esse tamen potest, quod autem fuit & esse desiit, nec est, necesse ampliùs potest *l. quod in rerum* 24. *de legat.* 1. Atqui mortuo filiofamilias etiam, qui mutuam pecuniam patre sciente ac volente acceperat, nulla superest obligatio nec naturalis nec ciuilis ne spe quidem, quia nec in filijfamilias persona esse potest, quem ponimus iam mortuum, nec in persona patris, quia licet pater hoc casu de peculio teneatur etiam post mortem filij scilicet intra annum *l.* 1. *infr. quand. de pecul. act. annal. est*, alia tamen est obligatio patris, alia filij, cùm filij obligatio sit principalis, patris autem accessoria, *l. siquis cum filiofamilias* 44. *infr. tit. prox.* Et nos hîc tractamus de fideiussore accepto pro obligatione filij, non pro obligatione patris. Neque rursum vlla est hereditas filijfamilias nullum nisi profectitium peculium habentis. Ne hodie quidem id est post dictam *Nouell.* 118. *de hered. ab intestat. venient.* vt malè sentire videtur Accursius, quia in peculio profectitio nihil Iustinianus innouauit, sed in aduentitio duntaxat, vt sæpiùs alibi scripsimus. Itaque remanet hodie quoque lex hæc incorrecta, vt & quod circa eandem (vt videtur) speciem scriptum est, in *l. qui contra* 11. *infr. de fideiuss.* Etsi inter hanc & illam speciem diuersum ac dissimile illud est, quod ibi Iulianus tractat de creditore, qui contra Senatusconsultum credidit. Hîc verò de illo qui licitè, & Senatu permittente, id est, vt iam explicauimus, patris voluntate interueniente contraxit. Vnde est, quod ibi negat Iulianus, creditorem accipere à patre fideiussorem posse, contrà quàm hîc Venuleius ex eodem Iuliano scribat, nimirum quia cùm filiusfamilias nihil contra Senatusconsultum fecit, obligatur pater de peculio ex contractu filij *d. leg. siquis cum filiofamilias*, & eius actionis nomine dari fideiussorem à patre nihil prohibet, cùm subsit obligatio patris, quæ etsi nec naturalis nec ciuilis est, honoraria tamen est, quod sufficit ad obligationem fideiussoriam constituendam, quia omni obligationi accedere fideiussor potest *l.* 1. *de fideiuss.* id est etiam honorariæ sicut & pignus *l. res hypothecæ* 5. *infr. de pignorib.* At cùm filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuam pecuniam accepit, non magis pater de peculio, quàm filiusfamilias in solidum obligatur *d. leg. si filius tuus* 6. *Cod. hoc tit.* Quare nihil necesse est, vt cum Accursio comminiscamur tractari, hîc de filio, qui se ex alia quàm mutui causa obligauerit, aut vt dicamus patrem etiam ex causa mutui contra Senatusconsultum accepti efficaciter obligari, sicut si soluere cœpisset, vt in *l. item si* 7. §. *penult. sup.* Pater enim qui aliquid soluit ex contractu filij, totum contractum adprobat, quod satis est, vt efficaciter conueniri possit *leg. sed si paterfamilias.* 9. §. *non solùm in fin. supr.* quod non similiter dici potest de patre, qui actione de peculio conuenitur, quæ nec vlla contra eum competit *d. l. si filius.* Idem Accursius errat etiam, cùm ait, posse huius actionis de peculio fideiussorem accipi etiam post annum, cùm non competat ex edicto Prætoris, nisi intra annum *d. l.* 1. *infr. quand. de pecul. act. annal. est*, *l. heres à debitore* 21. §. *seruo tuo infr. de fideiuss.* Nam & ipso iure finitur actio de peculio statim atque peculium extinctum est, nec daretur intra annum, nisi ex beneficio & indulgentia Prætoris ad annum vsque extenderetur, *dict. leg.* 1. §. *meritò* vbi dicemus, & *ad* §. *vltim.* eiusdem legis, vbi annuæ exceptionis mentio fit, non quasi post annum actio competat, vt malè ratiocinatur Accursius: sed vt creditor de facto agat, & sine actione experiatur, annua quoque facti & intentionis exceptione repellatur. Planè quandiu filiusfamilias viuit, etiamsi aduersus Senatusconsultum contraxerit, nemo dubitat, quin pro sua obligatione, & ciuili & naturali fideiussorem dare possit: sed ita tamen vt fideiussori æquè ac ipsi filiofamilias per Macedoniani exceptionem succurratur *dict. leg. sed si paterfamilias* 9. §. *non solùm supr.*

19. POMPONIVS libro 7. ex variis Lectionibus.

IVlianus scribit, exceptionem Senatusconsulti Macedon iani nulli obstare, nisi qui sciret, aut scire potuisset, filiumfamilias esse eum, cui credebat.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Senatusconsultum vetuit duntaxat filiofamilias pecuniam credi *l.1.supr.* Atqui non eo minùs quis filiusfamilias est, quòd eum talem esse creditor ignoret. Neque enim nostra ignorantia, & vt loquitur Paulus inscientia mutat id quod in rerum natura verum est, *l. sed etsi* 28. §. *vlt. supr. de iudic.* Ergo creditori cuilibet obstare debet Senatusconsultum, quoties filiofamilias sine patris voluntate creditum est, siue sciuerit creditor filiumfamilias eum esse cui credidit siue ignorauerit.

DEC. Senatusconsultum non tam fauore filiorumfamilias factum est ad eos exonerandos, quàm in odium & pœnam creditorum dolo malo credentium pecunias & fœnerantium filiofamilias *d. l. 1. l. sed si paterfamilias* 9. §. *penult. supr.* Atqui nullo odio dignus videri potest creditor, qui pecuniam ei credidit, quem filiumfamilias esse nesciuit, nec scire potuit probabili errore facti ductus, existimans patremfamilias eum qui tamen verè filiusfamilias erat, vt in *leg. 3. in princip. l. si tantùm* 12. *supr. l. si verò non remunerandi* 12. §. *siquis mandauerit* 13. *infr. mandat.* Idem est in Senatusconsulto Velleiano, vt non aliter ei locus sit, quàm si creditor sciat mulierem intercedere, *l. imò* 12. *infr. ad Senatusconsultum Velleianum.* Quid enim possis ei imputare, qui mulieris personam bona fide in contrahendo secutus est? *l. bona fide* 27. *eod.* Diligens igitur esse debet & curiosus creditor, vt inquirat, an paterfamilias sit, an filiusfamilias ille cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19. *de regul. iur. leg. vlt. supr. de exercit. act.* Quod si inquirendo, certus tamen fieri non potuit, sufficit vt nihil ei possit ei imputari. Sed probabilem errorem esse oportet non affectatum nec vnius hominis vt in *d. §. siquis mandauerit*, sed vulgi aut plurium hominum quibus credi verisimiliter debeat, vt in *d. leg. 3. in principio & §§. sequentibus supr.* vbi varij casus proponuntur, de quibus singulis ibi diximus. Ergo ei tantùm obstare Senatusconsultum Macedonianum debet, qui sciuit, aut scire potuit filiumfamilias eum esse, cui pecuniam credebat.

20. IDEM libro 5. Senatusconsultorum.

SI is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, nouatione facta, eam pecuniam expromisit: si petatur ex ea stipulatione: in factum excipiendum erit.

Ad l. Si is cui vlt.

RAT. DVB. Cùm is cui dum in patris potestate esset, mutua pecunia data fuerat paterfamilias factus nouatione facta eandem pecuniam per stipulationem promisit, negari non potest, quin paterfamilias effectus ratum habuerit id, quod filiusfamilias gesserat, debitùmque agnouerit, quod sufficit, vt Senatusconsulto locus esse nô possit *l. 2. C. hoc tit. l. sed si paterfamil. 9. § non solùm in fin. supr.* vbi dicitur sufficere, vt contractus filij à patre sit approbatus. Quanto magis ergo satis erit ab ipso filio approbatum esse? Nec ad rem facere videtur quod Pomponius hîc ponit nouatam fuisse pecuniæ creditæ obligationem per facti ignorantiam. Qua enim fronte possit filiusfamilias sui iuris factus proprij sui facti ignorantiam obtendere? *l. quanquam 7. infr. ad Senatusconsultum Velleianum.* Aut quid potest referre, an filius paterfamilias effectus partem debiti soluerit, vt in *l. item si 7. §. vlt. supr.* an nouandi animo per stipulationem promiserit? vt in *d. l. 2. Cod. eod.*

DEC. Eius qui in facto errat voluntas nulla est, nullius consensus *l. siquis per errorem 15. supr. de iurisdict. omn. iudic. l. 2. sup. de iudic. l. nihil 126. §. vlt. de regul. iur. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Potest autem in proposita specie facti error & ignorantia probabilis adesse si fortè putabat filius nouationis tempore nondum patrem discessisse, séque adhuc filiumfa. esse, vt ponit Accursius, aut, vt idem ille addit, si putabat filiusfam. iam effectus sui iuris in nouationem deduci eam quantitatem, quæ priùs ex alia quàm mutui causa deberetur. Vbi enim variæ occurrunt causæ aliquid faciendi, potest facilè error incidere, vt quod ex vna causa debetur, ex alia deberi existimetur, sanè in eo qui paterfam. factus nouauit prudens & sciens obligationem pecuniç creditç dubium non est, quin cesset Senatusconsultum *d. l. 2. C. hoc tit.*

ANTO-



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA IN LIBRVM QVINTVM DECIMVM PANDECTARVM

Ad TIT. I.

De peculio.

1. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.



ORDINARIVM Prætor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum, qui alienæ potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem: sic deinde adhuc peruenire, vbi peculio datur actio.

Ad l. 1.



RAT. DVB. Non est secutus eum ordinem Prætor, nec Iulianus ipse in Edicti perpetui cōpositione, vt eas primùm actiones proponeret, quæ ex contractibus filiorumfamilias vel seruorum aduersus parentes vel dominos dantur in solidum vt ex eo apparet, quod de actione quod iussu non tractatur nisi in vltimo libri huius titulo, quæ tamen actio datur in solidum, cùm aliæ de peculio & de in rem verso, non similiter in solidum dentur *l. 1. infr. ill. tit. l. 1. supr. quod cum eo qui in alien. potest.* Quamquam parum referre videbatur, vnde Prætor inciperet aut vbi desineret, dum ne quid prætermitteret eorum, quæ ad Edicti perpetui causam pertinebant. Nam & solemus dicere, in coniunctionibus, id est in iis, quæ inter se coniuncta sunt, ordinem nullum esse, nec quicquam referre vtrum eorum prius diceretur aut scriberetur *l. quidam 14. infr. de pecul. legat.* Quænam autem maior coniunctio quàm inter omnes edicti partes quæ pertinent ad contractus, quoquomodo initos cum filiisfamilias vel seruis? DEC. Nihil tam conueniẽ dignitati ac maiestati Prætoris, quàm vt omnia ex ordine, nihil verò inordinatè fecisse videri possit, præsertim verò in ordinando edicto perpetuo, cuius finis præcipuus est, ne quid in vrbe inordinatum fiat, propter quam causam solent prudentes nostri, qui ad Prætoris edictum scripserunt, præsertim verò Vlpianus rationes ad singulos ferè titulos reddere compositionis edicti, vt in *l. 1. supr. de rei vindic. l. 1. de reb. credit. l. 1. ad SC. Trebell. & alibi pass.* & certè sicuti quod fit ex ordine, benè ac iustè fit, tum quoque cũ ratio iuris repugnare aliquomodò videtur, vt in *l. cùm vnus 12. infr. de reb. author. iudic. possid. l. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* ita vix est, vt reprehensione careat, quicquid fit peruerso ordine maximè à magistratu quem nihil nisi summo iudicio facere oportet, si dignitatis suæ rationẽ aliquam haberi ab aliis velit. Quid enim aut in dictis aut in factis inordinatum potest accidere, quod non à iudicij penuria proficiscitur? in iis scilicet quę ratio aliqua suadet certo non vago vel turbato ordine fieri, qualia sunt ea, quæ vel priore vel posteriore loco facienda vel tractanda sunt, de quibus non loquitur Alfenus in *d. l. 14. de pecul. legat.* Atqui ratio certè suadebat vt in ordinando edicto perpetuo circa eas actiones, quæ ex cōtractibus filiorumfamilias vel seruorum aduersus parentes aut dominos competunt, Prætor eas præmitteret quæ in solidum dantur, vt exercitoriam, institoriam, tributoriã, siue quòd digniores sint, & vtiliores, siue quòd

pertineant ad regulam actionum omnium, quæ sui natura dantur in solidum, nisi si quæ à regula excipiantur. Excipiuntur autem actiones de peculio §. *sunt* §. *praterea* 36. *Instit. de action.* Tam ea quæ retinet nomen sui generis de qua in *hoc tit. & seq.* quàm illa quæ specialiori nomine de in rē verso appellatur, nec nisi prioris adiectio quædam est, vt Iustin. docet in *Instit. tit. quod cum eo, & de qua in tit. 3. huius libri.* Actio autem quod iussu de qua in *tit. vlt.* datur quidem in solidum, sed propria quadam & separata ratione de qua in *l. 1. ill. tit.* Cúmque species quædam sit actionis de peculio, sed diuersam ab aliis naturā habens de ea quoque tractandum fuit inter actiones de peculio, sed post actionem generalem & tanquam de specie separata. Dixit autem Vlpianus hîc *ordinarium* quasi *ordinatum & ex ordine faciendum*: sed in illis sequentibus *deinde adhuc* aut *ad hoc peruenire*, erratum est, legendumq; *ad hos* scilicet contractus. Præcesserat enim *prius eos contractus exponere*, & antithesis est in duobus illis pronominibus *eos* & *hos*.

1 ¶ Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod iussu, hinc oritur actio.

Ad §. 1. Est autem triplex.

RAT. DVB. Vnum tantùm est edictum de peculio, cuius prima verba & generalia illa fuerunt, quæ Vlpianus refert in §. *seq. quod cum eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit*, aut esse dicetur, vt scriptū est in *tit. penult. libri præcedentis, & in tit. 26. lib. 4. Codic.* qui titulus non tantùm huic respondet, sed etiam cæteris omnibus qui in hoc titulo proponūtur. Non ergo triplex edictum est vt Vlp. hîc scribit.

DEC. Edictum triplex est, quod tribus constat partibus, & ex singulis suam dat actionem, quamuis verborum conceptione vnicum sit: sic enim duplices actiones non quæ sunt duæ, & duplicia interdicta non quæ singula sint duo quod implicaret, sed in quibus singulis vterque litigator actoris & rei partibus fungitur *l. actionis 37. de oblig. & act. l. in tribus 13. de iudic. l. 2. §. 1. commun. diuid.* Edictum autem hoc de peculio distinguit tres casus, & pro casuum varietate tres varias proponit actiones. Vnam generalem de peculio, aliam specialem de in rem verso. Tertiam specialiorem de eo quod iussu patris vel domini contractum est *d. l. 1. supr. quod cum eo, & dict. tit. C. 26. lib. 4.* Benè igitur Vlp. noster ita loquitur, vt dicat, non tria esse edicta, sed triplex esse edictum, quòd ex eo triplex oritur actio de peculio, de in rem verso, & quod iussu, sed vnaquæque in suo casu.

2 ¶ Verba autem edicti tali sunt: *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.*

Ad §. 2. Verba autem edicti.

RAT. DVB. Melior condicio nostra fieri potest per eos, quos in potestate habemus, sed deterior non potest, vt diximus ad *l. 1. supr. quod cum eo*, ex iuris regula in *l. melior 133. de reg. iur. iunct. l. filiusfamilias 22. infr. de solut.* Ergo quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum fuit, actionem contra patrem vel dominum præbere parere nullam potest ei, cum quo neque pater neque dominus contraxit, præsertim verò si de filiifamilias contractu agatur, cùm sufficere possit ei, qui cum filiofamilias cōtraxit, quòd eum habeat in solidum obligatūm *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. hoc tit.* ita vt ex ea obligatione possit filiusfamilias etiam viuo patre & conueniri & condemnari *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* nec æquius videri debet, vt pater pro filio quàm vt filius pro patre teneatur *tot. tit. C. ne filius pro patr. vel pater pro fil.* Quòd si de contractu serui agatur illa etiam ratio pro domino facit, ne vlla de peculio actione teneri debeat, quòd ipsius obligatio non possit videri, nisi accessoria ad obligationem serui naturalem, ex qua tamen constat eum conueniri non posse, nec rursum duriùs obligari accessionem, quàm debitorem principalem *l. Græcè 8. §. illud infr. de fideiuss.*

DEC. Quisquis contrahit cum filiofamilias vel seruo peculium habente, intuetur peculiū illud & quantitatem peculij tanquā propriū patrimonium ipsius filiifamilias vel serui, cui concessam scit esse à patre vel domino pusillæ eius pecuniæ administrationem ad negotiandum, nec aliter cum eo fuerat contracturus *leg. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarum 27. §. vlt. l. quoties 47. §. vlt. infr. hoc. tit.* Proinde non est decipiendus *l. si donaturus 9. §. 1. de condict. caus. dat. supr. l. purè 5. §. penult. de doli mal. except.* deciperetur autem si contra patrem vel dominum saltem de peculio, & si supra peculij quantitatem in rem versum sit, de in rem verso agere nō posset: nam actionis quod iussu alia ratio est, quæ patrē & dominum tenet in solidum, quasi ille ipse contraxerit, qui iussit, non filius eius vel seruus *l. 1. infr. quod iuss.* Quod non similiter dici potest, si iussus nullus præcesserit: licet enim quisquis cum filiofamilias vel seruo alieno peculium habente contrahit, ex voluntate patris & domini qui peculium cōcessit, contrahere videatur, maximè si peculij administratio, eaq; libera filio vel seruo concessa sit vt in *l. libera 48. iunct. l. depositi 5. §. pen. & vlt. hoc tit.* vnde potissimum fit, vt actionē de peculio recusarē nec pater nec dominus vlla ratione possit (sibi nāque imputet, qui filio vel seruo peculium concessit) plus tamen est iussu patris vel domini cum filio vel seruo contrahere, quàm ex nuda patris vel domini voluntate, qui quasi conniuentibus oculis patiuntur filiumfamilias vel seruum habere peculium, quod reuera ipsius patris vel domini est *l. patri. 27. in princip. iunct. l. 3. §. sed vtrum supr. de minor.* nec æquum fuit hanc patris dominíve scientiam & voluntatem extendere ad solidi obligationem ne quidem in mercibus peculiaribus *l. 1. §. licet autem supr. de exercit. act.* Est autem huius actionis non tam æquitas quàm necessitas in eo euidentior qui cum seruo alieno contraxit, cùm seruus tanquam iuri ciuili incognitus iure ciuili obligari nullomodo possit, sed tantùm naturaliter *l. nec seruus 41. infr. hoc tit.* nec proinde vlla actione conueniri *l. cum seruo 107. iunct. l. quod attinet 32. de reg. iur.* vt scripsimus ad *l. naturaliter 13. in princip. supr. de condict. indeb.* Sed tamen in filio quoque familias eadem non solùm æquita-

tis &

tis & vtilitatis, sed etiam necessitatis ratio subesse videri potest, quia licèt ex omnibus causis prterquàm ex causa mutui & obligari ciuiliter, & conueniri consequenter possit *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & action.* Condemnatus tamen non potest vrgeri ad solutionem solidi nec viuo patre nec eo mortuo, sed hactenus tantùm quatenus facere possit *d. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias de fideiuss. l. si ex alio 9. C. quod cum eo.* Melius igitur & commodius est creditori filiifamilias, vt actionem de peculio contra patrẽ habere possit. Nec tam pro filio tenetur hoc casu pater quàm pro seipso & ex suo facto cùm is filio peculium concesserit: Ideóque nec ad hunc patrem pertinet *tit. C. ne fil. pro patr. aut pat. pro fil. emancip.* sed ad patrem qui ex contractu filij sui emancipati conueniatur, vt tit. ipse ostendit. Quod autem ad seruum pertinet, non obligatur in duriorem causam dominus, qui ex eius cõtractu tenetur prætoria actione de peculio, sed obligatur efficaciùs. In quo nihil est absurdi, vt videre est in fideiussore, qui ex stipulatione obligat se ciuiliter pro eo qui non fuit obligatus, nisi naturaliter *l. 6. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss. l. si pupillus 127. de verb. oblig.* Ergo si dominus vel pater recuset de peculio actionem non est audiendus, sed cogendus quasi aliam quamlibet personalem actionem suscipere *l. summa cum ratione 21. §. vlt. infr.*

3 ¶ De eo loquitur, non de ea, sed tamen & ob eam, quæ est fœminini sexus, dabitur ex hoc edicto actio.

Ad §. 3. De eo loquitur.

RAT. DVB. Videtur esse contra verecundiam & pudicitiam fœminini sexus, vt virilibus officiis fungantur mulieres, & negotiis præsertim alienis se immisceant, & cum masculis contrahant, ad quos maximè commerciorum exercitio pertinet *l. 1. §. secundo loco vers. sexum supr. de postul.* Benè igitur Prætor in concipiendo edicto de peculio, masculinum dũtaxat sexum complexus est, nec tam facilè debuit edictum ad fœmininum quoque protrahi.

DEC. Etiam fœminarum ingenia aliquo negotiorum & officiorum commercio sunt exercenda. Ne si nimio torpeant ocio, propensiora fiant in libidinem prauásque cogitationes: neque desunt artificia quibus possint etiam honestè saluáque verecundia se dedere, puta si sarcinatrix sit mulier, aut textrix, aut si qua alia eiusmodi sunt artificia, ita vt nec mercem peculiarem exercere prohibeantur, vt patrem vel dominum tributoria quoque actione obstringant, si eo sciente exerceant *l. & ancillarum 27. in princip. infr. l. nam & plerique 6. supr. de instit. act.* Meritò igitur Prætoris edictum ita acceptum est à prudentibus vt ad fœminas quoq; pertineat, quomodo alias generaliter dici solet, sexu masculino fœmininum quoque semper contineri *l. qui duos 62. de legat. 3.* maximè verò in edicti Prætorij interpretatione, quo respexisse Paulus videtur in *l. 1. de verb. signific.* quæ sumpta est ex libro eius primo ad edictum. Nec sanè rationes quibus motum Prætorem suprà diximus, vt actionem de peculio ex contractibus filiorumfamilias vel seruorum induceret, minùs locum habent in fœminis, quàm in masculis. Iunge *l. procuratoris 5. §. sed etsi ancilla supr. de tribut. act. l. cum ancilla 11. C. quod cum eo.*

4 ¶ Si cum impubere filiofamilias, vel seruo contractum sit: ita dabitur in dominum, vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.

Ad §. 4. Si cum impubere.

RAT. DVB. Imputare sibi debet qui filiofamilias vel seruo impuberi peculium concessit, non minùs quàm ei qui pupillum negotiationi alicui præposuit *l. 3. §. vlt. supr. de minor. l. sed etsi quis 7. §. vlti. supr. de instit. act.* Perinde igitur teneri debet actione de peculio, ac si puberi concessisset, non adhibita illa distinctione, an ex eius contractu peculium locupletius factum sit nécne.

DEC. Ex eo demùm contractu tenetur pater actione de peculio, ex quo filiusfamilias qui contraxit, obligatus sit & conueniri possit in solidum *l. si quis cum filiofamilias 44. hoc tit.* Dominus autem ex eo demum contractu serui tenetur de peculio ex quo seruus ipse in solidum teneretur si esset paterfamilias, & iure ciuili obligari posset *l. cùm ancilla 11. C. quod cum eo.* Atqui neq; filiusfamilias impubes obligari potest ciuiliter in solidum, sed naturaliter tantùm, nisi quatenus locupletior factus est, quo casu ex rescripto Diui Pij eatenus conueniri potest, quatenus factus est locupletior *l. contra 30. supr. de pact. l. naturaliter 13. §. vlt.* vbi diximus *supr. de condict. indeb. l. si pupilli 6. in princ. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest. l. 3. in princip. supr. commod. l. quamuis 8. §. vlti. infr. ad SC. Velleian.* Nec alia ratio esset serui si liber homo proponeretur, quoniam impubes ætas non aliã admittit ciuilem obligationem, nisi vel tutoris vel patris authoritas interueniat *d. l. naturaliter §. vlt. l. verum 9. supr. de instit. act.* Ergo nec patrem vel dominum ex his causis de peculio aliter teneri æquũ est, quàm si ex contractu filiifamilias vel serui impuberis locupletius peculium factum sit, nec rursum nisi quatenus factum sit locupletius, nec benè comparatur impuberi procuratori vel institori filiusfamilias vel seruus impubes, cui pater aut dominus peculium concessit. Nõ enim concedendo peculium mandat, etiam vt cum quoquam contrahat quomodo is qui pręponit alicui negotiationi, nisi etiam administrationem eámque liberam ipsi concedat *l. libera 48. §. 1. hoc tit. l. si conuenerit 18. §. vlt. & l. seq. sup. de pignor. act. l. vlt. in princip. infr. de nouat.* Ex quo intelligimus posse, quem habere peculium, nec tamẽ liberam eius habere administrationem: nam si poneres datam à patre vel domino liberam peculij administrationem filiofamilias vel seruo, posset filius vel seruus multa facere quæ alioqui non potest, sed non faceret ea res filiumfamiliam vel seruum impuberem procuratorem patris aut domini *arg. l. 3. §. sed etsi fortè infr. iudic. solui. l. si conuenerit 18. §. vlt. de pignor. act.* ad augendam scilicet actionem de peculio, vt ex ea in plus teneatur dominus vel pater quàm quo locupletius factum sit peculium, tantùm abest, vt in solidum teneatur, quomodo teneri deberet, quisquis impuberem filiumfamilias, vel seruum alicui negotiationi expressim præposuisset. Alius tracta-

tus est de impubere qui ipse seruum suum præposuerit: quamuis nec aliter teneatur quàm si locupletior factus sit *l. eatenus 10. supr. de instit. act.* In filiofamilias vel seruo pubere peculium habente aliud est: obligat enim contrahendo & patrem & dominum quatenus est in peculio licèt peculium nullatenus factum sit locupletius, etiam verò supra peculium, adeóq; licèt nihil in peculio sit, fortè quòd plus patri dominóve debeatur, si factum sit locupletius, & in rem patris vel domini versum sit *§. præterea Instit. quod cum eo l. si pupilli 6. §. sed si ego vers. eodem loco supr. de negot. gest.* Atque ita accipiendum est, quod scriptum legimus in *d. l. cum ancilla 21. C. quod cum eo*, ei qui cum ancilla contraxit dandam actionem de peculio ea superstite aduersus dominum in quantum locupletius peculium eius factum est, post mortem verò eius intra vtilem annum duntaxat. Alioqui cùm loquatur ea lex de ancilla pubere non de impubere, falsum esset, ideóque delendum tanquam irreptitium ex imperiti alicuius interpretis glossa, quod iis verbis exprimitur, *in quantum locupletius eius peculium factum est*, pugnarétque cum iuris ratione & cum eo quod scriptum est in *l. ei qui seruo 7. & l. dominum 12. eod. tit.* Nec rursus defendi posset, quod habet secunda pars legis, mortua ancilla dandam intra annum duntaxat actionem de peculio contra dominum, de eo namque quod in rem domini versum est, ac proinde quatenus peculium locupletius factum fuit, non est annalis actio, sed perpetua *l. 1. §. vlt. quand. de pecul. act. est annal. l. 1. §. 1. de in rem vers.* etiam aduersus heredem domini cùm sit actio merè rei persecutoria ex reg. *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Alioquin heres ex aliena iactura locupletaretur, quod iniquum esset *l. nam hoc natura 14. supr. de cond. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* Itaq; suaderẽ potiùs deleri supradicta verba, quã retineri. Nec enim proposuerũt Imperatores antithesim inter casus illos, quorũ altero teneatur domin⁹ de peculio in pl⁹ vel minùs, sed in quo teneatur longiùs aut breuiùs quã altero.

5 ¶ Potestatis verbum communiter accipiendum est, tam in filio, quàm in seruo.

6 ¶ Nec magis dominium seruorum [a] esse spectandum, quàm facultatem habendi eos. non enim solùm seruorum propriorum nomine conueniemur, item communium, verùm eorum quoque, qui bona fide nobis seruiunt, siue liberi sint, siue serui alieni.

Ad §. 5. Potestatis.

RAT. DVB. Nemo nescit quàm longè diuersa ratio sit patriæ ac dominicæ potestatis, & quàm in multis differant: patria enim potestas sicuti nomine ipso dulcior est (non enim dulciora vlla sunt nomina quàm patris & filij, *l. liberorum 220. in fin. de verb. signific.*) ita effectu ipso nihil nisi pietatis quædam species est *l. vltim. infr. si à parent. quis manum. sit* dominica verò potestas & nomine durior, & effectu penè tyrannica si non aliqua moderationẽ coerceretur *l. 1. & 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non ergo debuit *potestatis* nomen in hoc edicto tam communiter & promiscuè accipi quasi nulla sit, aut esse debeat hac parte inter patrem aut dominum, nec inter filiumfamilias & seruum differentia: quã nec negari potest quibusdam casibus aliquam esse *l. 3. §. sed si filius 9. hoc tit.* Nam & filiusfamilias ex suis contractibus obligatur & conuenitur in solidum, at seruus nullomodo, vt suprà diximus ad *§. verba autem ex l. nec seruus 41. l. si quis cum filiofamilias 44. hoc tit.*

DEC. Potestatis nomen generis nomen est, licèt æquiuocum non vniuocum *l. potestatis 215. de verb. signific.* Potest igitur communiter & genericè de multis prædicari tanquam de suis speciebus, quamuis æquiuocè, non vniuocè. Ergo & de patria & de dominica potestate. In quibus si quando eadem ratio locum habet, fit genus quodammodo vniuocum, vt ad vtramque speciem designandam aptari possit, quod anteà erat æquiuocum: Hoc verò contingit in proposito, id est, cùm tractamus de actione de peculio: eadem enim ratio est obligandi & conueniendi patris ex contractu filiifamilias, quæ obligandi, & conueniendi domini ex contractu serui. Ne scilicet decipiatur is qui contrahens cum filiofamilias vel seruo peculium ipsius quasi proprium eius patrimonium intuitus est *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. quoties 47. §. vltim. hoc tit.* meritò igitur Prætor in hoc edicto concipiendo *potestatis* nomine tanquam generico & communi vsus est, vt dominicam non minùs quàm patriam potestatem comprehenderet: præsertim cùm nec dominum ipsum obliget actione de peculio ob dominium, quod habet in seruo, sed quia habet facultatem habendi seruum, adeò vt nec minùs teneatur de peculio, is qui seruum alienum aut hominem liberum bona fide possidet quasi suũ, vt sequitur in textu & *l. prox.* tãetsi nõ desint casus in quib. alia ratio habẽda est filijfamilias: alia serui etiã quod ad actionem de peculio, vt in *d. l. 3. §. sed si filius infr.* Sed casus ille & alij si qui sũt similes ad regulã nõ pertinẽt. Exceptiones poti⁹ sũt de regula, de qb. suis locis dicem⁹.

a *Nec magis dominium seruorum.* Sensus est, non eo minùs Prætorem vti potuisse, & debuisse communi nomine *potestatis* in danda communiter actione de peculio contra patrem, vel dominum, quòd potestas in domino nihil significet nisi dominium *d. l. potestatis 215. de verb. signific.* Cùm etiam domini appellatione in hoc edicto contineatur ille, qui dominium non habet, nec ius quidem habendi seruum, sed facultatem duntaxat, qualis ille est, qui aut alienum seruum aut liberum hominem bona fide possidet. Nam & hic de peculio tenetur ex contractu hominis bona fide possessi, non minùs quàm verus dominus ex contractu proprij serui.

RAT. DVB. Liber homo peculium habere non potest, cùm sit sui iuris, & suæ potestatis; habet enim verè ac propriè patrimonium. Seruus autem alienus sicut habet verum dominũ, ita nec in alterius quàm veri domini potestate esse potest. Nam quemadmodum in sua potestate non potest alium habere is, qui suæ non est potestatis *l. sic eueniet 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* ita nec in aliena potestate esse potest, qui sui iuris est non magis quàm vt quis eodem tempore in duorum sit potestate *l. si filiusfamilias 33. de milit. testam.* Cùm igitur actio de peculio ex iure potestatis pendeat, non videtur dari posse contra eum qui hominem liberum aut seruum alienum possidet, quamuis bona fide, sed in eum solũ qui dominus sit serui, vel in solidum, vel pro parte saltem, eo scilicet iure quo is qui alicuius rei pro indiuiso dominus est, totã rem potest, suã dicere *l. illud 46. infr. de rit. nup.* nec in eo periclitari videtur creditor qui actionẽ in solidũ habiturus est cõtra liberũ hominẽ, cũ quo cõtraxit, aut cõtra verũ dominũ ex cõtractu serui. DEC. Difficilè dignosci potest homo liber à

seruo *l. quia difficile 5. infr. de contr. empt.* multo autem difficilius seruus Titij à seruo Sempronij. Ideoque non tam inspiciendum est, quis ille sit cum quo contraxisti, an liber homo, an seruus, & si liber homo non est, an Titij seruus sit an Sempronij, si cum eo quasi cum seruo contraxeris, quàm à quo quasi domino possideatur bona fide, vt quisquis possessor est, eique tanquam seruo suo peculium concessit, pro vero domino hac parte habeatur, id est, & in sua potestate eum habere intelligatur, & hoc ipso actione de peculio, perinde ac si verus esset dominus, teneatur. Alioqui vix erit, vt cum eo qui possessoris sui seruus vulgo creditur contrahere quisquam velit, si quandocunque acturus de peculio probandum habeat esse hunc verè seruum possessoris, cùm fieri facilè possit, vt re verà vel homo liber sit, vel seruus alienus: atque ita seruis omnibus commercio interdictum quodammodo erit nemine cum iis contrahere volente, quod tamen ne admittatur, maximè interest dominorũ, quib⁹ alioqui nihil per seruos acquireretur *arg. l. quòd si minor 24. §. 1. sup. de minor. iunct. l. Diuus 24. de testam. milit. l. ratas 7. C. de resc ind. vendit.* Et verò sicuti bona fides tantum præstat possidenti, quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* indeque fit vt per homines liberos seruosque alienos quos bona fide possidemus perinde ex re nostra & ex ipsorum operis, atque per seruos nostros acquiramus *l. liber homo 19. l. qui bona fide 23. l. acquiruntur 10. §. de his autem seruis de acquir. rer. domin.* ita vicissim æquum est eorum factum nos præstare, si quando tanquam serui nostri & à nobis peculium habentes cum alio contraxerint, qui peculium, quod penes illos ex nostra re fuit, tanquam proprium ipsorum patrimonium intuitus sit, non aliter cum iis contracturus, dummodò is quoque in bona fide sit, & eum cum quo tanquam cum seruo meo contraxit, qui re vera liber homo aut alienus seruus erat, seruum meum esse crediderit. Non enim posset videri deceptus à me recusante actionem de peculio, is qui seipsum decepisset *arg. l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.* Idem ferè tractatus est circa noxales actiones, quæ ex delictis seruorum dantur contra dominos, perinde atque ex seruorum contractibus actiones de peculio: dantur enim similiter contra eos qui vel hominem liberum vel seruum alienum bona fide possidet, quamuis domini non sint, quia hac etiam parte illos in potestate habere intelliguntur *l. quoties 21. §. Prætor ait.* vbi scripsimus *sup. de noxal. action.* Idemque ferè in toto iure nostro iuris est *l. 1. §. vlt. supr. de tribut. act. & l. prox. infr.* In filiofamilias, quod pertinet ad actionem de peculio, eadem quæstio potest occurrere si dubitetur cuius filius sit is, qui peculium ab aliquo tanquam à patre accepit, sed rariùs & difficiliùs, quia sicuti pater est quem nuptiæ demonstrant. Ita & filius qui ex iis nuptiis quæsitus est *l. filium 6. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non facilè verò latere possunt nuptiæ, quæ non tam personarum contrahentium contractus sunt, quàm agnatorum & familiarum, palamque solent & debent fieri.

2. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

EX ea causa, ex qua soleret seruus fructuarius, vel vsuarius adquirere: in eum, cuius vsusfructus, vel vsus sit, actio duntaxat de peculio, cæteræque honorariæ dantur: ex reliquis in dominum proprietatis.

Ad l. 2. Ex ea causa.

RAT. DVB. Neque vsufructuarius neque vsuarius serui dominus eius est, adeoque nec bonæ fidei possessor, cùm sciat alienum seruũ esse cuius vsumfructum, vel vsum habet, siquidem nemo re sua vti vel frui iure seruitutis potest *l. vti frui 5. supr. si vsusfr. petat. l. 1. supr. de vsufr.* Nec potest quis rem suam dicere, aut in sua esse potestate cuius tãtùm habeat vsum, vel vsumfructum *l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* quia vsusfructus in iure non in parte consistit licèt emolumentum rei contineat *l. Mæuius 66. §. fundo iunct. l. cùm filius 76. § dominus de leg. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* Cùm ergo Prætor actionem de peculio contra eos duntaxat proposuerit, qui in sua potestate illum habent, cum quo contractum est. Consequens videtur, vt neque fructuarius neque vsuarius actione de peculio teneantur, sed serui dominus, quem & ex aliis causis teneri Pomponius hîc scribit, quàm ex quibus per seruum acquiri fructuario vel vsuario possit. Ita enim fiet, vt in actione de peculio in plures aduersarios distringatur is, qui cum vno tantùm contraxerit si fortè vno eodemque contractu, ex variis causis quod fieri facilè potest, contractum esse proponatur, quod tamen iniquum fore ait Caius in *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr.* DEC. Etiam ei qui vsumfructum vel vsum nudum habet in seruo, per seruum illum fructuarium vel vsuarium acquiritur, ei quidem qui vsumfructum habet ex re eius & ex operis serui *l. si serui 21. & seq. supr. de vsufr.* ei verò qui solum vsum ex re ipsius non etiam ex operis serui *l. per seruum 14. de vsu & habit.* Etsi enim isti neque domini sunt, neque bonæ fidei possessores, sunt tamen plus quàm bonæ fidei possessores, qui non tantùm habent facultatem habendi hunc seruum, quod sufficeret, vt eum in potestate sua habere videretur, sed etiam ius eo vtendi & fruendi inuito quoque domino: quod longè plus est. Proinde si seruus hic à fructuario vel vsuario peculium habet acquiret eis ex peculio tanquam ex re ipsorum non etiam proprietario, quidni ergo ex iisdem causis dabitur actio de peculio contra fructuarium vel vsuarium? Vt cuius rei quis commoda sentit, sentiat etiam incommoda ex *reg. l. secundum naturam 10. de regul. iur.* quemadmodum & in specie *§. vlt. legis præcedentis.* Eadem igitur ratio facit, vt ex quibus causis per huiusmodi seruos nec fructuario, nec vsuario acquiritur, neque contra fructuarium vel vsuarium actio de peculio danda sit, sed contra dominum proprietatis, vt hæc lex ait, nimirum si habeat seruus peculium aliquod à domino proprietatis. Quomodo nihil vetat habere eum duplicis iuris peculium, vnum à proprietario, alterum à fructuario vel vsuario: *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr.* adeoque quod tamen difficilius videtur, vnum à fructuario, alterum ab vsuario: tertium etiam si voles à proprietario. Iis scilicet casibus in quibus potest esse fructus sine vsu, vt in *l. 5. §. pen. vsufr. quem. caueat.* vbi

quale illud sit, & qualiter intelligendum, fusiùs explicauimus. Si tamen peculium quod habet seruus ab eo cui ex suo contractu quæsiit, non sufficiat indemnitati creditoris, magis est, vt priore conuento eo ad quem res respicit, in superfluum is quoque cui quæsitum non est, conueniatur, vt ex Marcello & Papiniano Vlp. tractat in *d. l. hinc quæritur §. 1. vers. quæ quæstio.* Ratione illa, ne aliter posito iure fiat iniuria ei qui cum seruo contracturus, totum eius peculium veluti patrimonium intuitus est, quem nec in plures aduersarios distringi æquum est *d. l. & ancillarum §. vlt.* Atque ita hæc lex secundum illam Vlpiani distinctionem intelligi debet, & lex illa per hanc: nam quod ibidem ex Marcello proponitur, etiam fructuarium teneri debere ex omni contractu serui, etiam qui ad peculium proprietarij respiciat, minùs probabile tandem & ipsi Marcello, & Papiniano visum est, illud verò probabilius quod diximus, vt constat ex versic. *certè illud admittendum omnimodo.*

3. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

LIcèt tamen Prætor, si cum eo, qui in potestate sit, gestum sit, polliceatur actionem: tamen sciendum est, & si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem. vtputa si cum seruo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem.

Ad l. Licèt tamen Prætor 3.

RAT. DVB. Prætor in èdicto de peculio de iis duntaxat locutus est, quæ gesta sint cum eo qui in illius potestate sit contra quem actio de pecul. proponitur *l. 1. §. verba autem supr. & tot. tit. quod cum eo qui in alien. potest. ess. dicet.* Atqui seruus hereditarius in nullius est potestate, quia nec res hereditariæ in vllius bonis sunt *l. 1. §. 1. supr. de rer. diuis.* cùm hereditas personam defuncti repræsentet, qui iam nullus est non heredis qui nec adhuc vllus est *l. hereditas 34. inf. de acquir. rer. domin.* Siquidem potestatis nomine hîc significamus, non tam dominium, quod certè penes hereditatem remanet, quàm facultatem meram habendi seruum, quæ facultas magis in facto quàm in iure consistit. Eorum autem quæ in facto versantur prorsus incapax est hereditas, cuius persona si qua est, certè tota ficta est *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ergo si cum seruo hereditario contractum sit ante aditam scilicet hereditatem (ex quo enim adita est desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis *l. 1. de separat.*) non est danda ex eo contractu actio de peculio aduersus heredem, qui contractus tempore nec dominus fuit, nec seruum qui contraxit in sua potestate habuit. Nam nec hereditas ipsa priusquàm esset adita, de peculio conueniri potuisset.

DEC. Peculium quod seruus à domino habuit, defuncto eo non intercidit, sed in eadem causa manet in qua tempore mortis fuit, quousque adita sit hereditas. Adeò vt nec per hereditatem adimi possit sicuti nec concedi. Facto enim aliquo est opus siue ad adimendum siue ad cócedendum peculium, cuius omnino, vt dixi incapax est hereditas. Qui ergo contrahit cum seruo hereditario post mortem domini, perinde haberi debet ac si viuo domino contraxisset. Proinde quemadmodum ex eo contractu obligatus fuisset dominus actione de peculio, ita & hereditatem obligatam ipso iure esse fatendum est. Non vt conueniri ipsa possit actione de peculio (esset enim curator bonis in hanc rem constituendus, si qua esset agendi ratio tam vrgens, vt expectari heredis aditio non posset) sed vt post aditam hereditatem hac eadem actione teneatur heres, qua obstrictus defunctus fuisset, si eo viuo seruus contraxisset. Adita enim quandocunque hereditas ab instanti mortis adita fuisse retrofingitur *l. heres quandocunque 54. de acquir. hered.* & tempus aditionis cum tempore mortis continuatur, ita vt nec vlla hereditas vnquam fuisse videatur *l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de regul. iur.* Facit enim hereditatis aditio in extraneis heredibus quod facit ius sui heredis in suis *l. in suis 11. de liber. & posthum. iunct. l. in suis 14. de suis & legit. l. si ex re 28. §. vlt. de stipul. seruor.* Idque est quod dicimus hereditatem & heredem tametsi diuersas appellationes recipiant, eiusdem tamen personæ vice fungi *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* Diuersum est si tractetur de vsucapione per seruum hereditarium inchoanda, cùm non possit inchoari sine possessione, vt subtiliter Papin. disputat in *l. præscriptio 45. in fin. eod. tit.* licèt vacuum tempus iacentis hereditatis prosit ad inchoatam continuandam vtilitatis gratia *l. nunquam 31. §. pen. eod.* In filiofamilias non eadem potest occurrere quæstio, quæ hîc proponitur in seruo. Neque enim sicuti seruus, ita filiusfamilias quisquam hereditarius est, & filiifamilias peculium mortuo patre cum hereditate confunditur *l. certum est 13. C. famil. ercisc.* quia nimirum desinit ipso iure esse peculium statim atque desiit esse filiusfamilias, factus paterfamilias per mortem patris.

1 ¶ Vnde Labeo scribit: & si secundo, tertióve gradu substitutus sit seruus: &, deliberantibus primis heredibus, cum eo contractum sit: mox, repudiantibus eis, ipse liber, heresque exstiterit: posse dici, de peculio eum conueniri, & de in rem verso.

Ad §. 1. Vnde Labeo scribit.

RAT. DVB. Is qui contraxit cum seruo hereditario, quamuis substituto, vt substitui solebat olim vltimo tandem gradu *l. potest 36. de vulgar. & pupill. substit.* non id agit vt eundem seruum sibi obliget, quem scit ciuiliter obligari nullomodo posse, sed vt hereditatem ipsam & heredes prioribus gradibus institutos ac substitutos: nunquam enim actus operantur vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. supr. de reb. credit. l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* quòd si id quoque actum volumus, vt etiam

etiam seruus ipse in eum casum quo ex substitutione heres esset, obligaretur. Quidni posteà heres factus conueniendus esset in solidum, non autem de peculio duntaxat, vt Vlpianus hîc scribit, cùm ille ipse contraxerit? Exemplo scilicet filiifamilias quem dicimus ex suis contractibus in solidum obligari, non tantùm de peculio *l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr.* Dec. Qui cum seruo hereditario contrahit, quamuis non cogitet de ipso seruo nominatim obligando, cogitat tamen sicuti de obliganda hereditate. Ita & de obligando quisquis heres aliquãdo erit, siue ex primo siue ex nouissimo gradu: frustrà enim obligaretur hereditas si nõ ea obligatio in heredem, quemlibet postea adeuntem transfunderetur. Proinde si contingat eum ipsum seruum, qui contraxit fieri heredem, siue ex institutione, siue ex substitutione in quocunque tandem gradu, dicendum est teneri eum quomodo alius quilibet heres teneretur, id est, de peculio duntaxat non in solidum, quia scilicet non ex sua persona tanquam qui contraxerit, conuenitur, sed quasi heres. Non solùm quia contractus tempore obligari ciuiliter nullomodo potuit, vt diximus, neq; conueniri *l. cum seruo* 107. *de reg. iur. l. nec seruus* 41. *hoc tit.* Sed etiam quia generaliter ita comparatum est, vt seruus ex antegesto, id est, ex eo quod in seruitute gessit, nunquam teneatur *l. 1. & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. ten.* Ex propria nimirum persona, cæterùm si domini heres sit recusare non potest, quin eodem modo teneri debeat, quo alius quilibet heres teneretur. In filiofamilias peculium habente diuersum illud est, quod seipsum obligat in solidum etiam quandiu filiusfamilias manet, quia personam habet integram cùm tam sit ciuis, quàm si esset paterfamilias *l. 4. supr. de stat. homin.* non etiam seruus qui non habet caput in ciuitate ante manumissionem *l. 3. §. vlt. & l. 4. de capit. minut.* Illud tamen non dissimile, quòd licèt ex antegesto conueniri possit, aliter tamen tenetur factus paterfamilias quàm anteà tenebatur. Cùm enim antea teneretur in solidum, nunc non tenetur, nisi in quantum facere potest *l. si dubitet* 10. *§. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Illud rursum dissimile, quod si filiusfamilias patri heres extiterit, in solidum tamen tenetur, quamuis pater nõ nisi de peculio teneretur *l. si ex alio* 9. *C. quod cum eo.* nempe quia fuit ab initio in solidum ex suo contractu obligatus, cessátque ratio illa æquitatis, quæ faciebat ne sui iuris factus in solidum, vrgeretur ex eo contractu quem filiusfamilias inierat. Ne ex eo quod patre ita volente peculium administrauit, famem habeat periclitandum. Est igitur conueniendus hoc casu filius ex sua persona non tanquam heres patris, quamuis quod mirum videri possit, non aliter in solidum teneatur ex suo contractu factus paterfamilias, quàm si sit heres patris *d. l. si ex alio.* Planè in specie huius §. si plus versum sit in rem quàm sit in peculio, poterit seruus idemque heres conueniri etiam de in rem verso, non quidem ex propria persona (neque enim in rem serui quicquam verti potuit) sed iure hereditario, & quomodo alius heres quilibet de in rem verso conueniri posset. Nihil enim refert, an in rem hereditatis versum sit, cuius hic seruus fuit, an in rem defuncti cuius personam hereditas repræsentabat, & cuius hic nunc heres est. Iunge *l. quæsitum* 30. *§. sed si ipse seruus & seq. infr.* vbi differentia illa inter seruum heredem domini & filiumfamilias heredem patris traditur, quam nos attulimus, vt filius etiãsi ex parte tantùm sit heres patris, in solidũ tamen teneatur.

2 ¶ Parui autem refert, seruus quis masculi, an mulieris fuerit. nam de peculio & mulier conuenietur.

Ad §. 2. Parui autem refert.

Rat. dub. Eius qui de peculio conuenitur, obligatio accessoria tantùm est: principaliter enim conueniri non potest, qui ipse non contraxit. Atqui mulier alienæ obligationi accedere prohibetur, ne contra Senatusconsultum Velleianũ intercedere videatur *arg. l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr.* Multum ergo refert, an seruus qui contraxit, masculi seruus sit, an mulieris, nec tam facilè actio de peculio contra mulierem quàm contra masculum dari debet. Dec. Quod cum eo contractum est, ex cuius contractu potest alius conueniri de peculio, etiam cum eo contractum quodammodo intelligitur, qui de peculio tenetur, cùm ea quoque ratio sit dandæ in patrem vel in dominum actionis de peculio *l. 3. §. 1. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nec tam accessoria, quàm principalis obligatio eius est, qui de peculio tenetur, licèt sit leuior, quia ex alieno facto magis quàm ex suo propriè tenetur *d. l. si quis*, non enim iubet seruum contrahere, qui dat ei peculium, sed tantùm permittit: qui iubet, contrahere ipse creditur *l. 1. infr. quod iuss.* Qui verò tantùm permittit, non item, sed tamen quodam suo consensu quamuis tacito se obligat, vt factum filiifamilias, vel serui contrahentis ratum habere cogatur, saltem ad finem vsque peculij. Ideoque nec intercedere credenda est mulier, quæ seruo peculium concessit, adeoque si voles peculij administrationem, eamque liberam, priusquàm sciret cum quo seruus esset contracturus. Nam etsi iussisset seruo suo credi pecuniam nominatim à Titio, non idcirco tamen pro seruo contra Senatusconsultum intercessisse credenda esset, ac perinde vt masculus quilibet honoraria actione. Quod iussu conueniri posset, quamuis secus foret si pro seruo suo, dum ne pro suo negotio fideiussisset *l. si domina* 25. *infr. ad SC. Velleian.* Porrò quo casu mulier quæ iussit contrahi cum seruo tenetur. Quod iussu, eo casu si iussum nullum præcesserit, de peculio teneri eam, æquum est, multoque magis de in rem verso, si in rem eius pecunia versa esse proponatur. Propiùs enim accedit ad intercedentem mulier, quæ iubet cum seruo contrahi quàm quæ illum contrahere patitur, eique simpliciter in hanc rem peculium concedit. Ideò autem hic §. loquitur de seruo quia in filiofamilias locum habere non potest: mulier enim non sicut seruum ita & filiumfamilias habet, cùm fœminæ non habeant liberos in potestate *l. mulierem* 5. *C. de adopt. l. 4. §. ad testamenta de bon. poss. contr. tab.*

3 ¶ Pedius etiam impuberes dominos de peculio obligari ait. non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, vt tutoris auctoritatem spectes.

Idem adiicit [a], pupillum non posse seruo peculium constituere, nec tutoris auctoritate.

Ad §. 3. Pedius.

RAT. DVB. Obligari pupillus sine tutoris authoritate non potest ex vllo contractu, quamuis ex omnibus penè causis, hoc est extra causam hereditatis possit etiam sine tutore sibi acquirere *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Atqui pupillus qui tenetur de peculio ex contractu serui sui, non alio ferè colore tenetur, quàm quia cum eo ipso contractum esse videatur *l. 3. §. 1. infr. quib. ex caus. in possess. eat.* Tutoris ergo authoritas in hanc rem videtur esse necessaria.

DEC. Tunc necessaria est authoritas tutoris ad pupillum obligandum, cùm is ex facto suo proprioque contractu obligatur. Vt quod pupilli iudicio deest, tutoris authoritate ac iudicio suppleatur *l. in negotiis 5. de regul. iur.* At cùm pupillus de peculio obligatur, non tam ex suo quàm ex serui sui facto contractuque obligatur, nec nisi in consequentiam concessionis peculij quam pater fecerat, cùm nec interueniente tutoris authoritate peculium concedere pupillus possit, vt sequitur in hoc §. nihil ergo prohibet obligari eum de peculio etiam sine tutoris authoritate, quam alioqui in ipsius serui contractu interuenire oporteret, quod esset ridiculum. Non enim seruus pupilli pupillus est, nec tutor datus pupillo etiam seruo pupilli datus intelligitur. Denique multa per consequentias tolerantur, quia fiunt ex quodam iuris ordine quæ fieri principaliter non possent *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor. l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Non negat Vlpianus, aut Pedius cuius hîc refertur, probaturque sententia. Cum pupillo contrahere videri eum, qui cum seruo ipsius contrahit ex ea causa ex qua pupillus ipse de peculio teneatur, vt scriptum est in *d. l. 3. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Sed ait, quod notandum est, non ita cum impuberibus contrahi, vt tutoris authoritas spectanda & expectanda sit, nimirum, quia non per se, sed per seruum suum pupillus hoc casu contrahit.

a *Idem adiicit.* RAT. DVB. Tutor ob eam causam datur pupillo, vt cum tutoris authoritate possit ille omnia facere, quæ per se posset, si suæ ætatis suique iuris esset *dict. l. 5. de regul. iur.* ea verò maximè quæ patresfamilias prudentes & diligentes facere solent, vt patrimonium suum non modò tueantur, sed etiam augeant. Inter quæ etiam peculij concessio est, vt ex eius administratione probaque negotiatione locupletior fiat pater per filiumfamilias, vel dominus per seruum. Quidni ergo saltem ex tutoris authoritate peculium seruo suo pupillus concedere poterit? Præsertim cùm etiam tutor solus & sine pupillo possit omnia facere tanquam dominus rerum pupillarium, quæ pupillus maior factus posset ad maiorem pupilli vtilitatem *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Exceptis iis quæ factum personale pupilli exigunt, cuiusmodi est aditio hereditatis *l. potuit 5. Cod. de iur. delib.* ne alioqui dum nimia subtilitate circa pupillorum res vtimur, in eorum perniciem respondeamus, vt in *l. penult. Cod. ad SC. Trebell.* eisque hoc veluti commercio habendi & per seruos exercendi peculij interdicamus *arg. l. quòd si minor 24. §. non semper supr. de minor.*

DEC. Tutor domini loco tunc habetur, cùm rectè & ex pupilli vtilitate tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat *dict. §. si tutor*, aut quod spoliationi proximum est, cùm pupillum coniicit in discrimen amittendi minuendíve patrimonij, puta si quid ex bonis pupilli alienare velit sine decreto, aut etiam cum decreto ex alia causa quàm æris alieni, quod nec Prætori ipsi permittitur *l. 1. l. magis puto 5. §. non passim de reb. eor. qui sub tutel. l. cùm plures 12. §. penult. l. tutor ad vtilitatem 22. l. Lucius 46. §. vltim. de admin. tutor. author. nouissimè Cod. eod. titul.* Atqui concessio peculij est huius generis, & condicionis, non solùm si libera peculij administratio concedatur seruo, qui eo casu etiam res pupillares alienare potest *l. si conuenerit 18. §. vltim. supr. de pignor. action.* sed etiam si peculium simpliciter concessum sit, cùm eo quoque casu futurum sit, vt ex serui contractibus de peculio pupillus obligetur: quemadmodum proximè diximus, atque ita euenire possit facilè vt eius quantitatis, quæ in peculio est, iacturam pupillus incurrat, interdum pro parte, interdum etiam in totum. Quæ iactura in diligente patrefamilias, qui suis rebus consulere per se possit, non ita facilè metuenda est. Potest enim & debet in singula ferè momenta species & causas peculiorum inquirere, ne qua per fallaciam serui fraus & captio emergat *l. peregrè 44. §. quæsitum infr. de acquir. poss.* At tam exacta diligentia non solùm in pupillo speranda non est, sed nec nisi vix in eius tutore. Meritò igitur placuit non posse pupillum seruo suo peculium constituere, ne quidem ex tutoris authoritate, quia licèt ex concessione peculij possit etiam lucrum aliquod sperare, quale quantumque cæteri patresfamilias, qui per seruorum peculia locupletiores plerumque fiunt. Id tamen ex casu & futuro euentu pendet maximè, cuius periculo rem pupillarem committere neque boni tutoris fuerit, neque prudentis legislatoris. Ad quorum officium nihil magis pertinet, quàm vt rem pupillarem in tuto collocent, quantum fieri potest, nec eam vlla de causa, quamuis honesta ne quidem spe maioris commodi, quæ nihil nisi paulo ampliùs quàm nihil est, periclitari patiantur *dict. author. nouissimè.* Sanè si pupilli pater peculium concesserat, non faciet ætas pupillaris, vt ademptum intelligatur, sicuti nec superueniens furor. An faciet potiùs vt nec adimi iam possit, siue à pupillo ex authoritate tutoris, siue à furioso ex authoritate curatoris? Eiusdem enim esse videtur peculium adimere cuius est constituere, neque expectandum est, vt pupillo vtilius sit consilium tutoris quàm patris *dict. l. magis puto §. sed si pater & seqq. de reb. eorum iunct. l. si pupillorum 7. §. si pater eod. l. 1. Cod. quand. decret. opus non est.* Sed tamen non ita est. Possunt enim multa post mortem patris accidere in persona serui, quæ faciant, vt ob vtilitatem pupilli vel furiosi permittendum sit tutori, vel curatori adimere seruo peculium, quod verisimile sit patrem ipsum, si viueret hodie adempturum *l. in confirmando 8. cum seqq. infr. de confirmand. tutor.* Idque in furiosi curatore subiicit Vlpianus in *§. seq.* cuius eadem hac parte ratio est, quæ tutoris, vt ex Tuberone & Cel-

ne & Celso idem tractat in *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *infr.* Est ergo difficilior & pupillo periculosior peculij constitutio quàm ademptio. Nec peculium vllum constitutum esse potest, quod etiam adimi non potest: nam cùm homini simile sit, vt eleganter Fronto dicebat, mortale vt sit necesse est: tunc autem moritur, cùm adimitur, *l. peculium nascitur* 40. *l.* 4. *infr.*

4 ¶ In furiosi quoque curatorem dicimus dandam de peculio actionem. nam & huius seruus peculium habere potest: non si fuerit concessum, vt habeat: sed si non fuerit prohibitum, ne habeat.

Ad §. 4. In furiosi.

RAT. DVB. Non dat Prætor actionem de peculio nisi ex contractu eius personæ, quam in sua potestate habeat is, qui conuenitur *l. 1. §. verba autem, & toto tit. supr. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Arqui curator furiosi non habet furiosi seruum in potestate, cùm nec dominus eius sit, nec bonæ fidei possessor nec fructuarius, vt alicui eorum, de quibus huc vsque diximus, æquiparari possit. Non igitur danda in eum est actio de peculio, præsertim cùm nec peculium constituere & concedere seruo furiosi possit, *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *infr.* non magis, quàm tutor seruo pupilli, vt diximus ad §. *precedentem*, vt proinde vix seruus furiosi peculium habere posse videatur, quippe quod habere non possit, nisi concedente aut saltem consentiente domino, *d.* §. 1. Quomodo autem consentire potest furiosus qui nec sentire intelligitur? *l. si tibi* 8. §. *vnius infr. de opt. legat.* Quomodo rursum dari actio de peculio, vbi nullum est peculium? *l. quæsitum* 30. *infr.*

DEC. Curator furiosi non tantùm bonis datur, vt curator minoris, sed ipsi etiam personæ furiosi, vt tutor personæ pupilli. Lex enim duodecim tabularum dedit ei potestatem in personam bonáque omnia furiosi, verbis illis, *si furiosus quis existet agnatorum gentiliúmque in eo pecuniave eius potestas esto.* Pertinet ergo etiam curator furiosi ad Edictum Prætoris de peculio, tantòque magis quàm tutor quod ex contractu serui pupillaris dari potest actio de peculio contra pupillum, quem sufficit iudicium accipere cum authoritate tutoris: at furiosus neque iudicium accipere, neque aliud omnino agere quicquam potest, ne quidem auctore curatore: sed curatorem ipsum omnia eius nomine agere necesse est, *l. in negotiis* 5. *de regul. iur.* In quo sicuti minùs iuris habet furiosus quàm pupillus, quia certum non est ætatem allaturam furioso resipiscentiam, quomodo iudicium allatura est pupillo. Ita plus iuris necesse est hac parte habere curatorem furiosi, quàm tutorem pupilli. Nec rursum quicquam vetat seruum furiosi habere peculium, quia licèt neque ex ipsius furiosi, neque ex curatoris concessione habere possit: potest tamen ex concessione quæ furorem præcesserit. Non enim furor superueniens irrita facit ea, quæ ante furorem ritè rectéque facta inueniuntur, *leg. patre furioso* 8. *de his qui sui vel alien. iur. sunt*, licèt impediat facienda *l. heredibus* 77. §. *vlt. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cur verò curator furiosi, qui cætera ferè omnia facere furiosi nomine pro suo iure potest, peculium tamen concedere non possit? Ratio petenda est ex iis, quæ ad §. *prox.* scripsimus circa pupillum, pupillíque tutorem. Nam quæ nec tutor pupilli solus, nec pupillus ipse tutore authore facere potest, ea nec furiosi curatorem facere posse certum est. Nihil ergo impedit quominus in curatorem furiosi actio de peculio detur. Eo scilicet casu quo peculium aliquod seruo constitutum sit ante furorem, quod postea non sit ademptum: quod fit si à curatore prohibeatur seruus ne peculium habeat: nuda enim voluntas sufficit eius, cui prohibendi ius est, & durante etiam furore nihil vetat adimi peculium quod constitui tamen eo tempore non posset, nempe si furiosi vtilitas id suadeat, ob detectos fortè malos mores serui, qui antea homo frugi credebatur.

5 ¶ Si filiusfamilias, vel seruus pro aliquo fideiusserint, vel aliàs interuenerint, vel mandauerint, tractatum est, an sit de peculio actio: & est verius, in seruo causam fideiubendi, vel mandandi spectandam: quam sententiam & Celsus libro sexto probat in seruo fideiussore, si igitur quasi intercessor seruus interuenerit, non rem peculiarem agens: non obligabitur dominus de peculio.

Ad §. 5. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Tenetur dominus actione de peculio ex omni contractu serui, etiam qui ad alterius peculium pertineat, putà fructuarij. Hactenus saltem vt priore conuento eo ad cuius peculium tractatus respicit, dominus in superfluum teneatur, quemadmodum è contrario scriptum est de fructuario in *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *versic. quæ quæstio infr. iunct. l. 2. supr.* Ergo etiamsi extra causam peculiarem seruus fideiusserit, aut aliter interuenerit, aut mandauerit, aut quo alio modo contraxerit, dicendum est generaliter, & indistinctè dominum actione de peculio teneri: ne alioqui decipiatur is, qui cum seruo alieno & peculiato contraxit, non contracturus vtique nisi eum peculium habere sciuisset. Intuitus enim est ipsius peculium quasi proprium eius patrimonium *d. §. quæ quæstio*, cùm peculium serui quasi hominis liberi patrimonium esse intelligatur *l. quoties* 47. §. *vlt. infr.* Atque ita in patre seruatur, vt ex quolibet contractu filijfamilias etiam ad causam peculiarem non pertinente de peculio teneatur, §. *sed si filius* 9. *infr.* cùm tamen in cæteris ferè in omnibus præsertim quan-

tum ad actionem de peculio, eadem ratio esse soleat filijfamilias & serui patris ac domini. Communiter enim de vtroque edictum Prætoris conceptum est, *l.1. §. potestatis supr.* DEC. Non potest fieri, vt ex contractu serui dominus aliter de peculio teneatur quàm si contractus ille teneat: & quidem ex persona domini, qui ex eo conueniendus est: nam ex persona serui qui ciuilis obligationis actiuæ & passiuæ prorsus incapax est, fieri certè nequit, vt teneat. Atqui dominus non alios serui sui contractus tenere patitur, vt ex iis conueniri possit, quàm qui ex peculiari causa facti sint, quia concedendo ei peculium permisisse videtur, vt de peculio contraheret, peculiúmque ipsum & consequenter dominum, cuius peculium est, obligaret. Alij autem contractus qui ad causam peculiarem non pertinent, sicut nihil cōmune habent cum peculio, ita nec cum domino: bene igitur Vlpianus ex Celso scribit, in seruo causam fideiubendi vel mandandi spectandam esse, vt si fideiusserit, vel mandauerit, aut aliter contraxerit, non agens rem peculiarem, dominus ex eo contractu nullo modo obligetur, id est, ne quidem de peculio, quia nec contractus tenet *l. seruus inscio 19. & seq. infr. de fideiussor.* Nisi in rem domini contraxerit, quod extra causam quoque peculiarem facere potest. Quo casu dominum de in rem verso conueniri posse certum est *d.l. quoties 47. §.1. inf.* Filijfam. alia ratio est, sicut enim obligatur ex omnibus causis, quãuis peculium nullum habeat, *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.* ita etiamsi non ex peculiari causa contrahat, dummodò tamen peculium habeat, patrem obligat de peculio, *d. §. sed si filius 9. & seq. infr. l. nulla res 5. Cod. quod cum eo.* Iunge *§. prox. seq.*

6 ¶ Iulianus quoque libro duodecimo Digestorum scribit: si seruus mandauerit, vt creditori meo solueretur: referre ait, quam causam mandandi habuerit, si pro creditore suo solui mandarit, esse obligatum de peculio. quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.

Ad § 6. Iulianus.

RAT. DVB. Fieri potest, vt seruus alienus tibi mandauerit, vt meo creditori solueres pro suo creditore, qui tamen creditor fuerit ex alia quàm peculiari causa. Ergo distinctioni quæ posita est in §. præcedente, consequens erat, vt Iulianus scriberet, ita demùm teneri dominum tibi actione de peculio, si serui creditor, pro quo tu ex mandatu eius soluisti fuerit peculiaris. DEC. Nihil interest hac parte an seruus fideiusserit, an mandauerit. Vtroque enim modo intercessio fit. Vtroque igitur casu eadem distinctio adhibenda est, ex qua causa fideiusserit, vel mandauerit, an ex peculiari, an ex alia, debétque hic §. ita intelligi ex superiore, vt supponantur termini habiles. Idem enim sensus est, eadémque ratio huius §. & præcedentis. Cúmque Vlpianus de seruo fideiubente ac mandante promiscuè tractasset, ac de fideiubente exemplum ex Celso attulisset, consequens fuit, vt de seruo quoque mandante subiiceret hîc ex Iuliano, mutata quidem facti specie, sed eadem tamen retenta distinctione. Itaque omnia quæ ad §. præcedentem scripsimus ad hunc quoque accommodari possunt.

7 ¶ Cui congruit, quod idem Iulianus scribit: si à filio meo fideiussorem accepero: quidquid à fideiussore accepero, id me, non de in rem verso, sed de peculio actione mandati, præstaturum. Idem accipias & in serui fideiussore. Idémque, si alius mihi pro filio meo debitore soluisset. Quod si filius meus [a] debitor non fuisset, exceptione doli fideiussorem vsurum: &, si soluisset, condicturum scribit. [b]

Ad §. 7. Cui congruit.

RAT. DVB. Cùm pater, qui centum sibi à filiofamilias deberi dicebat, fideiussorem ab eo accepit, & à fideiussore postmodum centum exegit, negari non potest, quin tota centum in rem suam verterit. Ergo si postea fideiussor pro indemnitate consequéda mandati actione experiatur contra patrem, vt solida centum reddat, non est audiendus pater, si nolit præstare, nisi quantum est in peculio. Alioqui eueniet, vt ex fideiussoris iactura locupletetur. Non enim potest pater actionem de in rem verso recusare, si in rem eius versum esse appareat. DEC. Multùm refert, an pater à filijfamilias creditore pecuniã accipiat tanquam à creditore filij, an verò tanquam à suo debitore. Priore casu pecunia filiofam. credita, si in rem patris versa sit actione de in rem verso contra patrem repetitur. Posteriore verò licèt versa sit in rem patris, attamen per actionem de in rẽ verso repeti non potest, quæ non credita fuit, sed soluta. In proposita verò specie fideiussor filijfamilias apud patrem duplici respectu considerari potest. Et tanquam creditor filij pro quo fideiussit, & tanquã debitor patris apud quem fideiussit. Porrò cùm pecuniam ab eo exigit pater ex fideiussore exigit tanquã à debitore, nec facit eum creditorem. Cùm verò agit fideiussor post solutionem vt indemnitati suę cõsulat aduersus patrem, agit tanquam creditor filijfamilias ex causa mandati. Non igitur agere potest contra patrem ex ea causa de in rem verso, sed tãtùm actione de peculio, quia filius nihil in rem patris vertit, pater verò non ex contractu filij, sed ex suo acceptam pecuniam vertit in rem suam, nec pecuniam filio creditam, sed sibi solutam. Præcedit enim hoc casu obligatio patris obligationem fideiussoris, priúsque est, vt fideiussor hic constitutus sit debitor patris, eíque soluerit aut saltem condemnatus fuerit, quàm vt filijfamilias creditor effectus sit. Denique nemo soluendo id quod debet pleniorem aliquam actionem contra eum ipsum, cui soluit, parare sibi non magis potest, quàm nouam acquirere. Vna enim eadémque obligatio potest quidem interdum plures obligationes tollere, *l. in numerationibus 44. de solut.* at non similiter & obligationem tollere, & parere actionem, *l. si non sortem 26. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. supr.*

supr. de condict. indeb. Quod autem diximus de filiifam. fideiussore, idem & de eo accipi debet, qui pro filiofamil. patri soluisset, quod ei ex causa iusta filius debuisset: nam & is quoque contra filium quidem actionem mandati habet in solidum. At contra patrē nonnisi de peculio simplicē, nō illam etiam quæ de in rem verso. Nihil enim refert quantū ad actionem mandati, an quis pro alio soluat citra fideiussionem, an pro alio fideiubeat dummodò postea soluat. Nec aliud est, si quis pro seruo fideiusserit apud dominū vel ei soluerit, vt hîc Vlpian. subiungit, scilicet quātum ad actionem de peculio, si quid seruus domino ex causa peculiari debuit. Nam quod ad mandati actionem quæ contra filiumfamilias daretur in solidum, ea verò contra seruum dari certè non potest. Atque hæc quidem huius §. vera sententia & ratio est. Sed non possum intelligere, qua ratione possit Vlpianus præfari hanc Iuliani sententiam superiori congruere cùm huius §. species nihil commune habeat cum superiore. Ibi enim & in anteriore quoque tractatum est de seruo fideiubente aut mandante pro alio: hîc verò de serui fideiussore vel negotiorū gestore, qui pro seruo soluerit. Ibi denegatur actio de peculio contra dominum, si non in causam peculiarem vel aliter in rem domini seruus fideiusserit aut mandauerit. Hîc verò conceditur, in illa specie diuersa constituitur ratio filiifamilias & serui, vt ostendimus ex §. *sed si filius & seqq. infr.* In specie autem huius §. prorsus eadem. In illa denique nulla occurrit quæstio de in rem verso, sed tantùm de actione de peculio, quæ nec danda videbatur, sicuti nec datur, nisi cum ea distinctione: an ex peculiari causa fideiusserit, vel mandauerit, necne. In hac verò nō dubitatur, quin actio de peculio cōpetat, & quidē indistinctè: sed de illo tantū, an cōpetat etiā de in rē verso. Ex quibus omnibus cogor dicere connexionem huius §. cum præcedentibus per verba illa, *Cui congruit*, non tam Vlpiani esse, quàm compositorum qui responsa illa prudentum veterum pro arbitrio interpolarunt, correxerunt, miscuerunt.

a *Quòd si filius meus.* RAT. DVB. Non semper quidem exceptiones quæ competunt reo, competunt etiam fideiussori *l. exceptiones 7. infr. de except.* Sed vt quæ non competunt, reo competunt fideiussori ex persona rei, inauditum est. Atqui exceptio doli nunquam competit filio contra patrem, iis nimirum casibus quibus filius à patre conueniri potest, quia turpis est propter adiectam doli mentionem & patris existimationem suggillat apud bonos & graues viros, licèt non sit famosa *l. licèt 7. infr. de obseq. parent. & patron. præst. l. 4. §. aduersus de doli mali excep.* Ergo nec fideiussori filiifamilias danda doli exceptio est: imò nec alia vlla cùm filiifamilias fideiussor fuit, quia nec vlla filiofam. potest competere, ne quidem in factū, cùm exceptio omnis præsupponat actionem: filius autem familiâs conueniri à patre nulla actione possit *l. 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofam. 16. inf. de furt.*

DEC. Exceptiones quæ non personæ debitoris principalis, sed ipsi rei cohærent, sed etiam fideiussori competunt *d. l. exceptiones 7.* Eiusmodi autem est exceptio doli, vt ibidem scriptum est. Quæ licèt filiofamilias aduersus patrem dari non possit, duplici ratione illa quam attulimus. Et quia minùs honesta est, & quia filiusfa. cōueniri à patre nūquā potest, nō eo minùs tamen fideiussori eius danda est, & quidē ex persona filiifamilias, quia si filiusfamilias qui nihil debet conueniri posset, à patre exceptionem haberet, non quidem doli, sed in factum propter verecundiam paternam, vt loquitur *l. si superstite 5. in fin. Co. de dolo & d. §. aduersus.* Quæ exceptio in factum eadem est effectu, quæ exceptio doli cui subsidiaria est, nec ab ea differt, nisi honestate. Nascitur enim ex eadem æquitate ad vim & potestatem infringendam actionis, quæ dolo malo exercetur. Indeque apparet verum esse, quod disputauimus ad *l. qui se debere 7. supr. de condict. caus. dat. & ad l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Exceptionem doli non esse odiosam nisi nomine, at dandæ illius causam non minùs esse fauorabilem quàm exceptionis in factum quæ effectu & origine eadem est cum exceptione doli. Sed & defendi potest in proposita specie dari exceptionem doli fideiussori filiifamil. non ex persona filii quem ponimus nihil debuisse patri, sed ex sua propria nec tanquam fideiussori, cùm fideiussoria obligatio, quæ necessaria tantùm est non possit subsistere sine principali aliqua saltem naturali *l. 6. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.* sed tanquam nudo promissori obligato ex propria stipulatione interposita sine causa. Quo casu parata est debitori exceptio doli si ex eiusmodi stipulatione conueniatur, nō quasi nihil ipse debeat (alioqui nec conueniri posset) sed quia dolo malo facit, qui perseuerat ex ea stipulatione petere quam interposuerit sine causa *l. 2. §. circa inf. de doli mali except.*

b *Etsi soluisset condicturum scribit*, Patri scilicet cui soluit, non filiofamilias pro quo soluit.

RAT. DVB. Qui fideiussorem dedit, hoc ipso videtur ei mandasse, vt solueret. Proinde si indebita sit pecunia, quam soluit fideiussor, condictio ei danda est contra debitorem, pro quo soluit fideiussorio nomine, postea debitori contra stipulatorem, licèt aliud probandum sit, si suo nomine fideiussor soluerit *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb.*

DEC. His solis pecunia condicitur quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit, *l. his solis 49. eod.* In proposito autem solutio facta est patri, nec potest filiofamilias proficere: quamuis ipsius nomine solutum sit, cùm nihil ipse debuerit. Patri ergo condicere fideiussor debet, non filiofam. tametsi quasi filiifa. fideiussor soluerit: quamuis etiā ipsi filiofam. condicere posset, si vellet, *d. l. indebitam.* Sed stultùs certè esset, si actionem inanem pro efficaci eligeret contra filiumfamilias, qui bona nulla habeat, quique nec ex condemnatione vrgeri posset, nisi post mortem patris, nec tum quoque nisi in quantum facere posset, *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Inanis enim est actio, quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo. iunct. l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill. subst.* Nec rursus posset filiusfamilias regressum habere contra patrem nec proprio suo iure, nec si fideiussor actionibus suis cessisset (ad quod saltem eum teneri æquum esset *arg. l. in creditore 38. in fin. de euict. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de solut.*) cùm inter patrem & filium lis nulla esse possit *d. leg. 4. de iudic. d. leg. 16. de furt.* & ita necesse esset, in damno morari filium, qui tamen nihil patri debuisset, quod euidenter iniquissimum esset. Sed etsi is redigerendæ ordo esse posset, vt fideiussor contra filiumfamilias indebiti condictione primùm ageret, deinde filius contra patrem: commodius tamen esset ac expeditius vitandi circuitus gratia condictionem dare fideiussori rectà contra patrem *argum. l. dominus 53. supr. de condict. indeb.*

8 ¶ Si seruus, cùm se pro libero gereret, compromiserit: quæritur, an de peculio actio ex pœna compromissi, quasi ex negotio gesto, danda sit: sicuti traiecticiæ pecuniæ datur. sed hoc & Neruæ filio, & mihi videtur verius, ex compromisso serui non dandam de peculio actionem. quia nec, si iudicio condemnetur seruus, datur in eum actio.

Ad §.8. Si seruus.

RAT. DVB. Non fit compromissum nisi per stipulationem nec proinde negari potest, quin aliquod negotium gestum sit facto compromisso, & quidem negotium tale quod gerere potuit, seruus si ex causa peculiari compromissum factum sit, quomodo videtur supponendum iuxta distinctionem positam in §. *si filiusfamilias & seq. supr.* Atqui compromissum sine pœna nullum fit, cùm ex compromisso nulla nascatur exceptio, sed tantùm pœnæ petitio fit *l. 2. supr. de recept.* Consequens igitur est, vt de peculio actio ex compromisso serui tanquam ex negotio gesto ad pœnam dãda sit: quemadmodum & si traiectitiam pecuniam seruus mutuam accepisset. Præsertim cùm non modò à lite, sed etiam à litis metu discedi intersit etiam domini, quod fit per compromissum & sententiam arbitri æquè ac per sententiam iudicis *l. 3. §. 1. eod l si dictum 56. §. si compromisero infr de euict.*

DEC. Seruis permissum est stipulari ex persona dominorum & in eorum vtilitatem *Instit. de stipulat seruor.* sed non promittere, ne quidem per stipulationem, puta fideiubendo, nisi in rem domini vel ex causa aliqua peculiari *d §. si filiusfamilias & l. quoties 47. § 1. infr. hoc tit l. seruus in fin 19. & seq. infr. de fideiuss.* Ideóque tractat hic § de seruo g rente se pro libero, quia vix alioqui tam stultus quisquam reperiretur, qui à seruo extra duas supradictas causas stipulari vellet multo minus cum eo compromittere, non magis quàm litigare. Eius namque est de lite compromittere, qui & litigare potest, cùm redacta sint compromi sa ad instar iudiciorum *l. 1. supr. de recept.* Cum seruo autem nulla actio esse nec proinde sententiá vlla ferri potest *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Porrò cùm seruus gerit se pro libero non eo magis verum dominum obligat de peculio. Imo tanto minùs, quod non potest h c casu dicere is, qui cum ipso contraxit intuitu m se peculium serui tanquam hominis liberi patrimonium. Quæ tamen ratio tota fuit inducendæ actionis de peculio, vt diximus in præcedentibus. Sola excipitur causa traiectitiæ pecuniæ, quæ dominum obligat de peculio ex contractu serui gerentis se pro libero, vt hîc Vlpianus scribit: nempe vt arbitror propter vtilitatem maritimæ negotiationis, & nauigandi necessitatem quæ persæpè non patitur, vt de condicione personæ quis inquirat diligentiùs, vt posteà tutiùs contrahat: nec largitur plenius deliberandi consilium *argum l. 1 in princip. supr de exercit. act.* nam & alia multa singularia recepta sunt circa traiectitiam pecuniam fauore commerciorum, támque periculosæ negotiationis. vt in *l. quibusdam 7. & pass inf. de nautic. fœnor. nunct. l. 3 Codice de vsur.* At non benè comparabitur seruo gerenti se pro libero qui traiectitiam pecuniam mutuam accepit, ille qui ex compromisso pœnam debuit, cùm se pro libero quoque gereret, vt deiecta eius condicione danda sit de pœna compromissi in dominum similiter actio de peculio. Nullus enim fauor publicus est in compromisso, quod seruus tanquam liber homo fecerit, comparandus hic potiùs est seruo, qui tanquam liber homo iudicium acceperit & condemnatus sit. Ex qua causa constat, dominum conueniri non posse, ne quidem de peculio, quia iudicatum nullum est, quod redditum fuit contra seruum, negotium autem à seruo gestum ex quo dominus conueniri possit actione de peculio, tale esse necesse est, vt teneat, & valeat ipso iure, nulla si quidem est actio nuda de peculio, sed actionem aliquam subesse oportet, cui qualitatem illam possis adiicere de peculio quæ non nisi principalis alicuius actionis adiectio quædam & accessio est: dicimus enim teneri patrem vel dominum ex tali, vel tali contractu aut quasi contractu, puta ex emptione aut ex stipulatu de peculio, id est, ad finem vsque peculij: non autem teneri propria aliqua, & per se subsistente actione de peculio. Tale igitur negotium esse necesse est, ex quo aliqua nasci possit actio non tantum in filiumfamilias, sed etiam in patrem si filiusfamilias contraxerit, aut si seruus sit, tale negotium ex quo cum non possit nasci actio in seruum, possit tamen in dominum, quod non conting t facto per seruum compromisso non solùm si pro libero se gerebat quod seruilem condicionem immutare non potest, sed nec si de re aliqua peculiari compromisisse dicatur: quia nec de re peculiari litigare, ac iudicio adesse potu t *l. seruus C. de iudic.* adeò vt nec si fideiussorem ex hac causa dederit, fideiussor tamen teneatur, vt benè Cuiacius noster tractat *libr. 8. Obseru. cap. 11.* nec proinde iudicanti actio de peculio contra dominum dari posset, vbi iudicatum nullum esset. Quod in filiofamilias diuersum est, qui rectè cõuenitur & condemnatur extra causam peculiarẽ, vt dicemus ad §. *prox. & ad §. idem scribit infr.* Et hoc est quod ex Neruæ filij sententia Vlpianus hîc scribit, ex compromisso serui non esse dandam de peculio actionem in dominum, *quia nec si iudicio condemnaretur seruus daretur in eum actio*, id est, *in dominum*: sic enim legendum est, non vt vulgo nullo penitus sensu *in rem*, nisi probabiliùs putes & conuenientiùs, vt pro his duabus actionibus reponamus *tamen*: alterutrum enim sanè non modò probabile, sed etiam necessarium est. Fuitque hæc eadem sententia Octaueni quoque Iureconsulti à Paulo relata & probata in *l. non distinguemus 32. §. si seruus 8. supr. de recept.* vbi scripsimus, non esse scilicet dandam pœnæ compromissoriæ executionem in dominum.

9 ¶ Sed si filius fideiussor, vel quasi interuentor acceptus sit: an de peculio patrem obligat, quæritur. & est vera Sabini, & Cassij sententia existimantium, semper obligari patrem de peculio: & distare in hoc à seruo.

Ad §.9.

Ad §. 9. Sed si filius.

Iungendus est hic §. cum §. *si filiusfamilias 5. supr.* Est enim portio quædã & antithesis illius §. In quo cùm esset proposita quæstio promiscuè de filiofamilias vel seruo, qui pro alio fideiussetit, vel mandauerit, vel aliter interuenerit. An ex eiusmodi fideiussiore vel intercessione danda sit in patrem aut dominum actio de peculio, nihil tamen respondit Vlpianus, nisi de seruo, & quidem adhibita ea distinctione ex qua causa seruus intercesserit, vt si ex causa peculiari, teneatur dominus de peculio: sin ex alia non teneatur. Eumq; tractatum in persona serui mandantis prosecutus est ex Iuliano in §. *Iulianus.* Item in seruo compromittente aut condemnato in §. *prox. si seruus* nulla interposita filijfamilias mentione, nisi quod per inscitiam Triboniani & compositorum ineptè additum fuisse monuimus in §. *cui congruit.* Restabat igitur, vt moneret Vlpianus quid in filiofamilias iuris esse arbitraretur: hoc verò præstat in hoc §. & aduersatiuè scribit. Sed si filius fideiussor vel quasi interuentor acceptus sit veram esse Sabini & Cassij sententiam existimantium, semper obligari patrem de peculio, id est, non adhibita distinctione illa quam in seruo adhibendam esse dixerat: vtrum ex causa peculiari, an ex alia interuenerit, in eoq; distare filiumfamilias à seruo. RAT. DVB. Non debet esse deterior cõditio patris quàm domini in actione de peculio, quia nec alia voluntas est patris concedentis peculium filiofamiliàs, quã domini concedentis seruo. Nam & eius qui cum filiofamilias contrahit, melior iam condicio est in eo, quod habet filiumfamilias obligatum in solidum *l. si quis 44. infr.* non etiam seruum ille qui contrahit cum seruo: ideoq; facilius fuit obligandus dominus quàm pater, non durius pater, quàm dominus, vt creditori prospiceretur. Nec proinde ex filijfamilias interuentione extra causam peculiarem facta actionem de peculio contra patrem dari æquum est quæ ex interuentione serui nõ daretur contra dominũ. Et ita Caius noster sensisse videtur in *l. contra 30. §. si filius supr. de pact.* vbi ait, si filius vel seruus pacti sint in rem de non petenda pecunia, eorum pactionem ita demùm ratã esse habendã contra patrem dominúmve, si liberam peculij administrationem habeant, & de ea re pacti sint, quæ sit peculiaris: quo admisso nulla certè videtur esse hac parte inter filiumfamilias & seruum differentia.

DEC. Filiusfamilias ex omni contractu obligatur etiam inuito patre, adeóque ciuiliter, vt conueniri & condemnari possit *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* & consequenter obligat peculium tanquam proprium suum patrimonium, & per medium peculium, patrem quoque cuius peculium est *l. 3. §. sed vtrum l. patri 27. in princip. supr. de minor.* ad finem scilicet peculij, quod ipsum nihil aliud est, quàm actione de peculio, at seruus neque peculium suum obligare potest, neque dominum de peculio, nisi ex voluntate domini si non expressa saltem tacita qualis illa est, quæ ex peculij concessione colligitur. Illa porrò non ad alia serui negotia porrigitur, quàm quæ ad peculij causam spectent. Non igitur eadem distinctio adhiberi potest in filiofamilias, quæ meritò adhibetur in seruo. Denique cùm filiusfamilias contrahit, obligat peculium ciuiliter & ex sua persona, non patris: seruus autem sicuti non potest seipsum obligare ciuiliter, ita neque peculium suum, quod verè solius domini est, nisi ex domini persona & consequenter ex eiusdem domini voluntate. Actio enim de peculio, quæ honoraria est, non aliter dari potest, quàm si aliqua subsit, si non ciuilis, saltem honoraria obligatio, quæ ipsam pariat. Sola enim naturalis qua seruus se obstringit, cùm contrahit sufficere in hanc rem non potest. Nec repugnat Caius in *d. l. contra §. si filius,* quia ibi non de actione de peculio loquitur, sed de pacto, de non petendo per filiumfamilias aut seruum inito: quod sicuti non valet, si in ipsius filijfamilias aut serui personan concipiatur, quia neutri eorum potest competere petitio, quæ per pacti exceptionem elidi possit. Ita si in rem conceptum sit, vt patris quoq; vel domini personã possit comprehendere valet, id est, patri dominoq; nocet, sed ita demum, si & liberam peculij administrationem habeat filiusfamilias aut seruus, qui sic pactus est, & ea res de qua pactus fuit, peculiaris sit, quia in re non peculiari, quæ tamen ad patrem vel dominũ spectet, non est permittendum filio vel seruo, vt patrem aut dominum obliget non petere, nec magis filio quàm patri, cùm nec filius ipse ex hac causa sit obligatus in cuius non minus quàm in serui persona inutile est pactum, vt diximus: at cùm dicimus, ex quolibet contractu filij etiam extra rem peculiarem obligari patrem de peculio de eo demum filio intelligimus, qui ad seipsum suumq; peculium obligandum vtiliter contraxerit. Cæterum sicut ex inutili contractu serui, qui nullam neque ciuilem neque honorariam obligationem in seruũ ipsum aut in ipsius peculium possit producere, nulla quoque de peculio actio contra dominum nasci potest: ita neque contra patrem ex conuentione filij, quæ in ipsius filij persona sit inutilis. Quamquã nec patitur Caius indistinctè, nocere patri pactum filij de non petendo, tametsi filius & liberam peculij administrationem habuerit, & de peculiari re pactus sit, sed illud exigit præterea, vt non animo donandi tale pactum interpositum sit, quia licet peculij administratio concessa libera det filio, itẽq; seruo etiam alienandi potestatem *l. si conuenerit 18. §. vlt. & l. seq. supr. de pignor. act.* non tamen donandi, quia donare est perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.*

10 ¶ Quare & ex compromisso pater tenebitur. & ita Papinianus quoque libro nono Quæstionum scribit. nec interesse ait, ex qua causa compromiserit: vtrùm ex ea causa, ex qua potuit cum patre de peculio agere: an verò ex ea, qua non potuit: cùm ex stipulatu pater conueniatur.

Ad §. 10. Quare & ex compromisso.

Est hæc illatio ex præcedentibus easdem proinde admittens dubitandi & decidendi rationes. Videbatur enim non aliter dandam esse de peculio

actionē contra patrē ex compromisso filijfamilias quam si de causa aliqua peculiari compromissum factum esset: satisq; magna videbatur hac parte retineri differentia illa de qua in §. *prox. supr.* inter filiumfamilias & seruum, cùm ex compromisso serui etiam si de peculiari causa factum sit, dominus de peculio non teneatur §. *si seruus supr.* Sed decidendi ratio est, quam Vlp. exprimit iis verbis *cùm ex stipulatu pater teneatur.* Sensus est, non fieri compromissum nisi per stipulationem: ex stipulatione autē filiumfamilias obligari, vt ex alio contractu quolibet, nec minus cùm promittit ex causa aliqua nō peculiari, quàm si ex peculiari *d. l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* proinde non deesse actionem, ex qua pater conueniri possit, eandem nimirum illam ex qua filius ipse conueniri potest, id est ex stipulatu: sed cum hac differentia, vt filius quidem conueniatur in solidum, pater verò ad finem peculij, hoc est cum adiectione illa de peculio. Quod in seruo secus est, qui sicut ex promissione sua conueniri ipse nullo casu potest, ita neque dominum obligarē nisi eo casu quo ex ipsius voluntate, aut expressa, aut tacita promiserit, quod vix aliter potest contingere, quàm si ex causa peculiari, & quidem aliter quàm per compromissum, quia ex compromisso non magis coram arbitro stare seruus potest, quàm in iudicio coram Prætore *l. seruus 6. C. de iudic. iunct. l. 1. supr. de recept.* præter id quod compromissum alieno nomine fieri non potest citra mandatū speciale, vt neque transactio *l. mandato generali 60. supr. de procurat.* quia de negotio quodammodo transigit, qui compromittit *l. si dictum 56. §. si compromisero infr. de euict.* Filius autem familias proprio nomine & de alia quoque re quàm peculiari & compromittere potest, & litigare, & condemnari, ex eaque causa sicuti se obligat suúmq; peculium, ita & patrem de peculio ea ipsa actione, quæ contra filium ipsum competit, siue ex stipulatu sit, siue ex iudicato, vt subiicitur in §. *seq.*

11 ¶ Idem scribit, iudicati quoque patrem de peculio actione teneri. quod & Marcellus putat etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi. proinde non originem iudicij spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. quare, & si quasi defensor [a] condemnatus sit, idem putat.

Ad §. 11. *Idem scribit.*

RAT. DVB. Non alia actio in patrem de peculio datur, quàm quæ ex contractu venit *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui deiec. vel effud.* Atqui actio iudicati siue hoc speciali nomine vocari eam velis, quod olim Vltramontani senserunt siue in factum, vt alij putant ex *l. actori 8. C. de reb. credit.* non ex contractu nascitur, sed ex sententia, quæ toto genere differt à contractu. Sententia enim, adeóque iudicium redditur in inuitum: contractus autem nascitur ex conuentione *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig. l. 1. l. 5. & 7. in princip. sup. de pact.* ergo actione iudicati ex persona filiifamilias teneri pater de peculio non potest, nec si ex causa peculiari sententiam & condemnationem filiusfamilias passus sit, cùm per iudicatum fiat nouatio *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* adeóque per litis contestationem *l. delegare 11. l. aliam 29. infr. de nouat.* multo minùs igitur ex ea causa, ex qua pater non poterat anteà de peculio conueniri, puta ex causa delicti *d. §. si filiusfamilias*, & ex qualibet alia pœnali causa *l. ex pœnalibus 58. de regul. iur.* sicuti enim nemo litigando, & litem contestando, facit condicionem suam deteriorem *l. non solet 86. & seq. eod. d. l. aliam.* ita neque alterius quàm eius cum quo litigat, ne alioquin alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *reg. l. non debet 74. de regul. iur.* DEC. Quemadmodum stipulatione contrahitur, ita & iudicio, propter stipulationes iudicio sisti, quæ olim propter iudicium, vt ratum fieret, interponebantur *l. 1. infr. de stipulat. prætor.* dato etiam fideiussore *l. 1. 2. & pass. supr. qui satisd. cogant.* ergo quæ ratio facit, vt ex alio quolibet filiifamilias contractu pater de peculio teneatur eadem facere debet, vt iudicati quoque de peculio teneatur. Etiam eius actionis nomine ex qua non potuisset, alioquin pater de peculio conueniri, cùm prior illa causa nouetur per contestationem *d. l. delegare 11. §. 1. de nouat.* multo magis per sententiam *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* nec origo iudicij spectāda est, id est, ex qua causa iudicium dictatum & acceptum sit, sed propria ipsa & immediata iudicati obligatio, ex quo dicimus dandam esse iudicati actionē de peculio contra patrem, vt & in *l. tutor 69. infr. de fideiuss.*

a *Quare & si quasi defensor.* RAT. DVB. Defensor ille est, qui pro alio reo iudicium accipit, & eandem quam reus vicem subit *l. minor. 51. §. 1. supr. de procurat.* Et quemadmodum alium defendere nemo cogitur, ita nec defensoris pater: est enim voluntarium & spōtaneum defensoris officium, nec proinde fraudi esse debet alij, quàm ipsi defensori, qui imputare sibi debet, cur ad alienam defensionem vltro accesserit, quod non similiter patri possis imputare.

DEC. Defensor sicuti pro alio litem vltro suscipit, ita & alienam subit condemnationem, tanquam, qui & ipse iudicio contraxerit, ita vt in eum quoque perinde ac in reum principalem iudicati executio danda sit, si fuerit condemnatus *l. 4. in princip. infr. de re iudic.* Nihil ergo refert, an filiusfamilias quasi debitor ipse condemnatus sit, an quasi alterius defensor, quod pertinet ad obligandum patrem de peculio, cùm vtroque casu proprio nominè, & quasi ex proprio contractu teneatur, eadémque proinde actione iudicati.

12 ¶ Ex furtiua causa filio quidem familias condici posse constat: an verò in patrem, vel in dominum de peculio danda est, quæritur. & est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam, idem Labeo probat: quia iniquissimum est, ex furto serui dominū locupletari

cupletari impune. Nam & circa rerum amotarum actionem filiæfamilias nomine, in id, quod ad patrem peruenit, competit actio de peculio.

Ad §. 12. E s tiua.

RAT. DVB. Ex delictis filiifamilias non datur in patrem actio de peculio, neque noxalis. De peculio namque actio, non nisi ex contractu venire potest, vt proximè diximus ex *l. 1. §. si filiusfamilias sup. de his qui deiec. vel effud.* Noxales autem, non nisi contra dominos ex delictis seruorum conuentos, inductæ sunt, quia nec nisi serui noxæ dedi possunt *tit. de noxal. action.* Atqui condictio furtiua est ex delicto, id est, ex furto quod & nomen ipsum ostendit *l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot. l. sed si damnum 9. §. siue autem infr. hoc tit. l. si duo 13. §. idem Iulianus.* vbi scripsimus *supr. de iureiur.* Ideoque nec datur vnquam, nisi contra furem, vel furis heredem, quorum neutrum de furis patre dici potest *l. ex furtiua 5. & seq. supr. de condict. furt.* Ergo condictio ex causa furtiua contra solum filiumfamilias danda est, non etiam contra patrem, ne quidem de peculio.

DEC. Quemadmodum actiones ex delicto etiam merè pœnales ex vtraque parte tam actoris quàm rei, tametsi alioquin non dentur contra heredes, tanquam extincto per delinquentis mortem crimine, dantur tamen de eo quod ad heredem peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, neque is ex alieno scelere ditetur *l. 5. in princip. iunct. l. 7. in princip. & §. 1. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de regul. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. 3. in princip. infr. vnde vi.* Ita & condictio furtiua aliáve actio quælibet ex delicto, quamuis absolutè danda non sit ex delicto filij, contra patrem ne quidem de peculio, danda tamen est, quatenus ex filij furto peculium locupletius factum est, quoniam cùm peculium filiifamilias magis sit patris quàm filij *l. 3. §. sed vtrum versic. nec eo mouemur l. patri 27. in princip. supr. de minor.* ita eueniret, vt ex scelere filiifamilias pater locupletaretur, contra naturalem æquitatem. Nec alia ratio domini est, si ex serui sui facto furtoque conueniatur, vt hîc Vlpianus ex Labeone subiicit. Adeò vt nec audiendus sit, si pro toto furto seruum noxæ dedere velit, id autem quo locupletius peculium factum est, retinere: debet enim priùs reddere per condictionem in peculium propositam, quatenus peculium ex eo furto locupletius factum est, & ad eum peruenit. In residuum verò noxæ seruum dedere *l. si seruus 4.* vbi scripsimus *supr. de condict. furt.* Abutuntur autem grauissimè hoc Vlpiani responso, qui cum Iacobo Cuiacio negant dari condictionem furtiuam in solidum contra heredem, ex eo quod nec detur in solidum contra patrem, quasi pater sit quodammodo heres filij in vniuersitate peculij, eodemque quo heres iure censendus. Nam cùm furtiua condictione non alius teneatur, quàm fur ipse vel heres furis *l. ex furtiua 5. eod. tit.* quis non videt prorsus diuersam esse rationem heredis & patris? Aut quis vnquam præter istos furis patrem vel furem dixit, vel furis heredem? Et quidem viuo filio constat non esse, cùm viuentis hominis neque hereditas neque heres esse possit *l. 1. infr. pro hered. l. 1. de hered. vendit.* Eo autem mortuo licèt pater occupet peculium, non ideò tamen fit heres filij, quia patrio iure occupat nō hereditario, etiamsi peculium sit castrense filiifamilias militis dum ne testati *l. 1. & 2. infr. de castr. pecul.* nec quasi nunc primùm successionis iure quæsitum, sed quasi nunquam ademptum *l. 1. §. si is qui bona 22. de collat. bonor. l. proponebatur 9. de castrens. pecul.* Quanto minùs potest videri pater heres, aut quasi heres filij in peculio non castrensi, quod iam diximus, magis esse patris quàm filij *d. §. sed vtrum & d. l. patri.* nisi fortè eo tandem absurdi deueniendum erit, vt patrem faciamus suum heredem filiofamilias, sicuti filiusfamilias suus heres est patri *l. in suis 11. de liber. & posthum.* Inde verò est, quod iidem illi prudentes nostri, qui condictionem furtiuam aduersus heredē in solidum dandam esse responderunt in *l. in condictione 9. de condict. furt.* iidem illi negarunt dandam esse contra patrem vel dominum absolutè, sed dandam esse contra filiumfamilias solum *d. l. ex furtiua.* ita vt ne quidem de peculio pater dominúsve teneatur, sed tantùm de eo quod peruenit *dict. l. si seruus 4. eod. & in hoc §.* Idque non ratione illa ridicula quam isti parum subtiliter comminiscuntur, quòd pater tanquam vna persona cum filio, furtum quod filius fecit, vna, quodammodo fecisse intelligatur (sic enim patrem quoque furem faciunt, quòd si ita esset, quidni & condictione furtiua in solidum non peculio tenus, & ipsa quoque actione furti obstringeretur) sed quia, vt scriptum est in hoc §. iniquissimum esset ex furto filiifamilias, vel serui locupletari dominum vel patrem impunè: alioqui ius aliud constituendum erit in domino quàm in patre, cùm nemo vnquam dixerit eandem censeri personam domini, & serui qui nec personam vllam habet ac ne quidem caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. 4. de capit. minut.* Sicut autem falsissimum est, quod isti volunt patrem esse quasi heredem & successorem filiifamilias in peculio profectitio. Ita & quod addunt condictionem furtiuam dari contra quemlibet successorem ex *l. si pro fure 7. in fin. de condict. furt.* Debet enim is locus intelligi de cæteris successoribus heredi similibus, id est, qui heredum loco sunt, vt bonorum possessores, is cui restituta est ex Trebelliano hereditas: item is cui libertatum seruandarum causa bona addicta sunt, & alij si qui sunt similes, at non etiam singulares successores, quos constat nec si rem ipsam furtiuam possideant, condictione tamen furtiua teneri posse cùm non sint iuris successores, sed tantùm directa rei vindicatione: In quo etiam isti falluntur egregiè, vt & in cæteris ferè omnibus, quæ contra nos, aut potiùs contra Vlpianum in *d. l. 9. de condict. furt.* circa tractatum hunc de condictione furtiua scribere ausi sunt. Sed in eo maximè quod contrario errore volunt, ne quidem furem ipsum condictione furtiua teneri, scilicet inquiunt, si nihil ad ipsum peruenerit, vt puta si opem consiliúmve tantùm dederit ex *l. proinde 6. eod. tit.* Nam is cuius ope consilióve furtum factum est, licèt furti teneatur iure ita constituto per legem 12. tabul. fur tamen non est ab initio licèt facilè ex postfacto fur fieri possit, si quid fortè ex furto contrectauerit *l. qui seruo 36. l. in furti 50. §. consilium infr. de furt.* quo casu nec dubitandum est, quin ei tanquam furi condici possit, quomodo accipi debet, quod scriptum est in *l. sæpe 53. §. 1. de verb. signific. iunct. l. vulgaris 21. §. vlt. de furt.* Et quidem non tanquam ei ad quem aliquid ex furto peruenerit (alioqui nec teneretur, nisi quatenus ad eum peruenisset, quod falsum est) sed tanquam furi ac pro-

inde in solidum, quemadmodum heres quoque ipsius teneretur, licèt nihil ad eum peruenisset, sed istos tanquam Remoras, missos faciamus.

a *Nam & circa rerum amotarum actionem.* RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad huius §. sententiam præcedentem de condictione furtiua: solent enim hæ actiones eodem ferè passu ambulare, quoniam habent multa, similia. Illud præsertim quòd ambæ sunt ex delicto *d. l. si mulier* 21. §. *hac actio infr. rer. amot.* nec tamen aut famosæ, aut pœnales, sed merè rei persecutoriæ, sed cùm ambæ sint iure quodam singulari comparatæ habent etiam pleraque diuersa & singularia. Condictio enim furtiua ciuilis actio est, rerum amotarum prætoria *l.* 2. *C. rer. amot.* Illa condictio per quam intendimus furem, aut furis heredem dare oportere §. *sit itaque Instit. de action.* Hæc non item, cùm nulla condictio sit prætoria, sed ciuiles omnes, & per eam intendimus restituere aduersarium, non dare oportere *l. si cùm dos* 8. §. 1. *rer. amot.* Condictio furtiua stricta est, vt cæteræ omnes condictiones, rerum amotarum arbitraria *dict.* §. 1. Denique condictio furtiua datur in solidum contra heredem *dict. l.* 9. *de condict. furt.* Rerum verò amotarum non nisi de eo, quod ad heredem peruenit *l. vltim. Cod. rer. amot.* Quod tamen ad patrem attinet, conueniunt in eo, quod neque viuis neque mortuis liberis, qui alterutra actione tenebantur, possit pater conueniri in solidum, at ne quidem de peculio solido, sed eatenus duntaxat, quatenus peculium locupletius factum est *l.* 3. §. *vlt. & l.* 5. *infr. rer. amot.* Et ita debet accipi, quod scriptum est in *l. pen. supr. de condict. furt.* vt constat ex hoc §. eadem nimirum æquitatis ratione, ne ex delicto filiæ quæ res amouit pater impunè locupletetur, non quasi persona filiæ, quæ res amouit & persona patris vna eademque esse existimetur, vt illi volunt, contra quos proximè disputauimus. Cætera petenda sunt ex postrema parte Chiliadis nostræ de *error. pragmat.* vbi de his omnibus fusissimè.

13 ¶ Si filiusfamilias duumuir pupillo rem saluam fore caueri non curauit: Papinianus libro nono Quæstionum, de peculio actionem committere: ait. nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus sit, quoniam rempublicam saluam fore pater obstrictus est.

Ad §. vlt. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Pupilli causa fauorabilior videtur, quàm cæterorum ad obligandum patrem non solùm de peculio, sed etiam supra peculij quantitatem in solidum, si filius duumuir, & magistratus municipalis nõ curauerit caueri pupillo idoneè, cùm miser pupillus nõ contrahat cum tutore, sed incidat in tutorem, vt Papinianus ratiocinatur in *l. vlt. rem pupill. salu. for.* itemque in magistratum, ad cuius diligentiam & curam pertinet, vt idoneos fideiussores pupillo quærat, per quos abundè cautum esse possit rem pupilli saluam fore, quod ni fecerit, teneri eum, æquum est subsidiaria in factum actione de qua in *tit. de magistr. conuen.* Quidni ergo & patrem similiter, id est, in solidum, præsertim, si vt fieri solet, filius ex patris voluntate decurio factus sit: nam cùm hoc ipso promittere intelligatur rempublicam saluam fore, videtur etiam obstrictus, vt rem pupilli saluam faciat, cùm fauor pupilli & vtilitas etiam ad reipublicæ fauorem & vtilitatem pertineat, vt infirmæ huic ætati, quæ sibi nequit prospicere, si non satis benè per Magistratus, saltem per leges meliùs consulatur.

DEC. Aliud est promittere rempublicam saluam fore, aliud verò rem pupilli *l.* 1. *in princip. infr. de magistr. conuen.* Pater qui voluntatem accommodat, vt filius duumuir & decurio fiat, non ad aliud se obligat, quàm vt rem publicam saluam fore promittat, de re pupillo non cogitat, nec de aliis quæ in dies possunt emergere ad magistratus curam pertinentia, quoniam licèt ad reipublicæ vtilitatem quoque aliquo modo pertineant, id tamen non fit, nisi per consequentias quasdam quas non solet legislator attendere: nec eò vsque extendi debet voluntas illa patris, vt eum obliget in solidum erga omnes, quibus fieri possit, vt filius ipse per suam siue negligentiam siue imperitiam obstringatur *arg. l.* 1. §. *licèt autem* 20. *supr. de exercit. action.* Alioqui facilè abibit patris obligatio in infinitum, nec dubitandum est, quin ita posito iure futurum esset, vt eo metu deterriti plerique parentum minùs facilè honoribus & muneribus filiorum consentirent, remque publicam saluam fore promitterent. Atque ita Vlpianus ex Papiniano hîc scribit. Itemque ex Iuliano iisdem propemodum verbis in *d. l.* 1. §. *vlt. de magistr. conuen.* De illo dubitari probabiliùs poterat, an neque de peculio pater hic teneatur, cùm filiusfamilias non curando, vt caueatur pupillo idoneè non tam ex contractu aut quasi contractu, quàm ex delicto aut saltem quasi delicto obligari videatur, ad indemnitatem pupillo præstandam veluti pœnæ nomine, & ad puniendam eius culpam, vel etiam dolum *arg. d. l.* 1. §. *vlt. de magistr. conuen.* Imperitia enim culpæ adnumeratur, vt habet iuris *regula* 132. *de reg. iur.* & magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est *l. magna* 226. *de verb. signific.* Sed tamen rectè placuit dandam esse in patrem hoc casu actionem de peculio, quia non tam ex delicto nascitur hæc actio, quàm ex quasi contractu sicut & actio tutelæ *l. si quis* 5. §. *tutelæ infr. de oblig. & action.* cùm eadem actio detur in magistratus, quæ competit in tutores, ac proinde rei merè persecutoria non pœnalis. Vnde est, quod vsurarũ quoque accessionem admittit, quam pœnales actiones non admittunt *l. vltim. de magistr. conuen. l.* 1. *Cod. de fiscal. vsur. lib.* 10. *titul.* 8. nisi quod hæc quæ datur in magistratus subsidiaria est *dict. l.* 1. *in princip. & pass. de magistr. conuen.* Datur enim illo colore quasi magistratus in se receperint periculum, quod ad tutores eorúmve fideiussores pertinuisset, si pupillo idoneè cautum fuisset, quasi & ipsi taciti quidam sint tutelæ fideiussores. Quid verò refert, an fideiusserint, an verò periculum in se receperint *dict. l.* 1. *vers. parui enim refert.* Patrem igitur ex hac causa de peculio teneri, perinde æquum est, ac si filiusfamilias rem pupilli saluam fore fideiussisset, nec proinde ad hunc casum accommodari potest, quod scriptum est in *l. ex pœnalibus* 58. *de regul. iur.*

Peculij est,

4. POMPONIVS libro 7. ad Sabinum.

PEculij est, non id, cuius seruus seorsum à domino rationem habuerit: sed quod dominus ipse separauerit, summa serui rationem discernens. nam cùm serui peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit: animaduertendum est, non quid seruus, sed quid dominus constituendi seruilis peculij gratia, fecerit.

Ad l Peculij 4.

RAT. DVB. Peculium est, vt Tubero dicebat, quod seruus permissu domini separatum habet à rationibus dominicis, deducto eo si quid domino debetur *l. prox. §. vlt. infr.* Separatio igitur ab ipso seruo fieri potest, nec necesse est, vt à domino fiat. Sed sufficit, vt eam dominus permittat, quod facere videri potest etiamsi expressim non concedat peculium, sed voluntatem suam tacitè insinuet, id est, si sciat nec contradicat. Hoc enim est permittere *l. 2. §. vlt. l. dotem 37. infr. solut. matr.* DEC. Peculium habere seruus non potest, nisi concedente domino *l. quam Tuberonis 7. §. 1. infr.* nisi iam semel concessum sit: tum enim sufficit, vt non adimatur, quomodo Vlpianus ibi explicat. Non potest autem non adimi, nisi quod aliquando datum & concessum fuit. Porro specialem voluntatem requirit concessio, nec contenta est nuda patientia, & non contradictione, aut simplici abnutiuo, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* (quamuis concessum possit augeri etiam domino ignorante *l. 39. & 49. infr.*) Aliud enim & plus est permittere, quàm non prohibere *l. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior.* Verum igitur est, quod Pomponius hîc scribit, peculij esse, non id cuius seorsum à domino seruus rationem habuerit, sed quod dominus ipse separauerit serui rationem à sua discernens certa aliqua summa: nisi malis hîc legere *suum à serui ratione discernens*, pro eo quod vulgo *summa serui rationem*, aut quod malo, *suam à serui rationem discernens*, vt tum demùm videatur seruus habere peculium à rationibus dominicis separatum permissu domini, cùm dominus ipse separauit, aut saltem separandi voluntatem expressè declarauit: nam, vt Pomponius rationis loco subiicit, cùm serui peculium iam concessum possit dominus vel totum adimere, vel minuere vel augere, consequens est, vt ab initio multo magis animaduertendum sit, non quid seruus, sed quid dominus constituendi seruilis peculij gratia fecerit. Ne alioquin ex serui arbitrio pendeat, an plus minúsve in peculio habeat, vt tanto locupletior quodammodo sibi alijsque videatur, cùm peculium serui quasi patrisfamilias quoddam patrimonium sit *l. quoties 47. §. vlt. infr.* eaque res tanto pauperiorem faciat dominum propter actionem de peculio, qua tenetur in plus, si plus in peculio sit.

1 ¶ Sed hoc ita verum puto, si debito seruum liberare voluit dominus: vt, etiam si nuda voluntate remiserit dominus, quod debuerit, desinat seruus debitor esse. si verò nomina ita fecerit dominus [a], vt quasi debitorem se seruo faceret, cùm re vera debitor non esset: contra puto. re enim, non verbis, peculium augendum est.

Ad §. 1. Sed hoc ita.

RAT. DVB. Ad priorem huius §. partem. Peculium non nuda voluntate, nec verbis, sed re ipsa & traditione constituendum augendúmque est, vt scribitur in fine huius §. & in *l. non statim 8. infr.* Non ergo sufficit ad augendum peculium, vt nuda voluntate remiserit dominus seruo, id quod ei seruus debuit, sicuti nec sufficeret ita dominum fecisse nomina, vt quasi debitorem se seruo faceret, cùm verè debitor non esset, vt sequitur in hoc §.

DEC. Obligatio naturalis quæ sola contrahi potest inter dominum & seruum, nuda domini voluntate tollitur. Alioqui nullus esset eius tollendæ modus, cùm neque acceptilatio, neque alius contractus vllus interponi possit inter eos obstante iure dominicæ potestatis, vt de cautionibus inter patrem & filium interponendis loquitur Papinianus in *l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* Sufficit enim ad dissoluendam naturalem obligationem, vt vinculum æquitatis quo solo sustinebatur, naturalis obligatio contrario æquitatis vinculo dissoluatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* Potest igitur seruus desinere, & reuera desinit ipso iure esse debitor domini statim atque dominus non vult eum manere debitorem. Nihil enim refert ad liberandum ipso iure debitorem etiam à ciuili obligatione, an numeratione debitoris, an acceptilatione creditoris tollatur obligatio *l. si mulier 10. supr. de condict. caus. dat.* Atqui debitor qui liberatur, hoc ipso censetur factus esse locupletior *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. infr. de acceptilat.* Fit ergo locupletius peculium serui, ac proinde augetur, cùm seruus ab obligatione naturali, qua obstrictus erat domino, liberatur: atque ita non verbis tantùm, sed re ipsa locupletior fit seruus, quantùm in peculio locupletior fieri potest.

a *Si verò nomina ita fecerit dominus.* RAT. DVB. Non debet difficilius domino facere, se ex non debitore debitorem serui, quàm seruum facere ex debitore non debitorem: vtrumque enim ex eiusdem domini voluntate pendet, cùm ei soli talis voluntas noceat, nec rursus ei magis vno casu quàm altero. Atqui priùs fieri potest nuda domini voluntate, vt proximè diximus. Ergo & posterius.

DEC. Nuda voluntas & nuda ratio non potest facere quemquam debitorem *l. non solùm 49. §. vltim. infr. hoc titul. l. nuda ratio 26. infr. de donat.*

Sunt enim legitimi quidam modi inducendæ obligationis non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis, inter quos non est nuda voluntas. Et quamuis sint etiam legitimi quidam modi tollendæ obligationis tam ciuilis quàm naturalis *l. obligationum ferè 44. versic. placet de oblig. & action.* In hoc tamen refert quantum ad naturalem obligationem pertinet, an de inducenda ea tractetur, an de tollenda quod cùm nuda debitoris voluntate induci non possit, nuda tamen creditoris voluntate ipso iure dissoluitur, præsertim cùm neque acceptilationi, neque pacto, neque iuriiurando locus esse potest, vt suprà diximus ex *dict. §. naturalis l. Stichum 95. de solut.* Proniores enim esse debemus ad liberandum, quàm ad obligandum *l. Arrianus 41. de oblig. & action.* quia liberatio reponit omnia in pristinum naturæ statum, quem obligatio mutauerat.

2 ¶ Ex his apparet, non quid seruus ignorante domino habuerit, peculij esse: sed quid volente, alioquin & quod subripuit seruus domino, fiet peculij, quod non est verum.

Ad §. 2. Ex his apparet.

Illatio hæc est ex eo, quod in præcedentibus dictum est: cùm ergo quæritur, quid sit peculij, non quid seruus ignorante domino habuerit inspiciendum esse, sed quid domino volente, vt intelligamus nec scientiam & patientiam domini sufficere, sed expressam exigi ipsius voluntatem. Hoc verò confirmat Pomponius apposita ratione *alioquin*, inquit, *& quod subripuit seruus domino peculij fiet*, *quod non est verum.* Nec enim ferendum est, vt cuiusquam patrimonium augeatur, & locupletetur ex furto aliòve scelere, multo minùs verò peculium serui ex furto quod ipse domino fecerit, vt ptona est ad furtum & ad scelus quodlibet nequitia seruilis ingenij, sicuti nec quisquam ex improbitate sua consequi debet actionem *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* Rationes igitur dubitandi & decidendi ad hunc §. eædem illæ sunt, quæ ad initium huius legis.

3 ¶ Sed sæpe fit, vt, ignorante domino: incipiat minui serui peculium, veluti cùm damnum domino dat seruus, aut furtum facit.

Ad §. 3 Sed sæpe fit.

RAT. DVB. Non potest nec debet fieri condicio ignorantis domini deterior per seruum *l. melior 133. de regul. iur.* Atqui non potest minui peculium serui, quin fiat deterior condicio domini cuius peculium verè est, non etiam serui nisi conniuentibus domini oculis, vt Seneca dicebat & Vlpianus noster in *l. 4. §. 1. infr. de manumiss.* Ergo nullo casu permitti debuit, vt ignorante domino peculium serui minueretur. Inductus enim & pro vtili habitus est seruorum vsus in republica, vt per eos domini locupletiores fierent, non vt pauperiores *l. penult. §. filiusfamilias in fin. de castrens. pecul.*

DEC. In eo quod fit per iniuriam ratio iuris seruari non potest, cùm iniuria dicatur ex eo quod non iure fit *l. 1. infr. de iniur. l. in his 15. supr. de legib.* Cùm ergo seruus inuitis legibus damnum aut furtum facit domino, fieri non potest, vt re vera non minuatur peculium, si in eo damnum datum, & furtum à seruo factum sit: nec aliud superest, nisi vt dicamus imputare sibi dominum debere, cur tali seruo cuius mores meliùs cognitos & probatos non habuerit peculium concesserit. Quasi qui nec damnum sentire vllum videatur quod ex culpa sua sentit ex *reg. l. quod quis 203. de reg. iur.* Sed & cùm alij quàm domino seruus damnum dat aut furtum facit, nocet tamen domino, facitque eum tanto pauperiorem, cùm dominum obliget, non quidem actione de peculio, sed noxali, vt damnum decidere cogatur, nisi malit seruo carere, eumque noxæ dedere *l. 1. supr. de noxal. action. & Instit. eod. titul.* Sed eo casu non tam peculium serui diminuitur, quàm patrimonium illud domini, quod extra peculium est. Sanè potest dominus omni casu conuenire seruum domi, vt loquitur *l. vltim. Cod. an seruus pro suo fact.* id est, flagris & verberibus egregiè cæsum castigare, malisque, si velit, condicionibus vendere, puta exportandum extra Italiam, aut nunquam manumittendum.

4 ¶ Si opem ferente seruo meo, furtum mihi feceris: id ex peculio deducendum est, quo minùs ob rem subreptam consequi possint.

Ad §. 4. Si opem ferente.

RAT. DVB. Ex peculio semper deducendum est, quicquid domino debetur *l. proxim. in fin. infr. l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. hoc titul.* Atqui domino debetur id omne, quod ei abest *dict. l. 9. §. siue autem.* Abest verò quicquid domino subreptum est, ab alio quàm à seruo, qui opem furi tulit non minùs, quàm si seruus ipse solus subripuisset, adeoque si conueniri à domino seruus posset, qui opem tulit, furti actione non minùs quàm fur ipse conueniretur *l. proinde 6. supr. de condict. furt.* itemque interdum furtiua condictione *l. sæpe 53. §. 1. de verb. signific.* nempe si fur ipse quoque cœpisset fieri per aliquam rei furtiuæ contrectationem *l. qui seruo 36. in fine principij iunct. l. vulgaris 21. §. vltim. l. in furti 50. §. consilium de furt.* Deducendum igitur ex peculio est, quicquid domino subreptum est, opem ferente seruo, non illud solùm quominùs ob rem subreptam consequi dominus possit.

DEC. Quod dicimus deduci debere ex peculio id

lio id omne, quod ei debetur qui de peculio conuenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi dominus possit *l. si noxali 11. §. quod autem infr.* Vix enim est, vt abesse aliquid videatur ei, qui actionem habet dummodo efficacem ad rem suam consequendam ex regula *l. is qui actionem 11. de regul. iur.* Atqui in proposita specie dominus habet condictionem furtiuam aduersus furem ipsum, cui seruus opem tulit: non ergo deducendum est de peculio, nisi quanto minùs à fure per condictionem furtiuam consequi dominus potuerit. Fieri enim potest, vt non sit fur soluendo ad restituendum id omne, quod per furtum abstulerat, quo casu nullam pro residuo actionem habere dominus videtur quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* Planè etiamsi quadruplum per actionem furti consecutus sit dominus, non eo magis impedietur deductio totius æstimationis furti ex peculio, si post solutam pœnam nihil supersit furi, quòd condicenti domino possit reddere, quia furti actio tota pœnalis est, nec eius quod domino abest, persecutionem vllam continet *l. qui vas 48. in princip. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt. l. si pro fure 7. §. 1. supr. de condict. furt.* Vt proinde post solutam quoque pœnam non eo minùs verum sit, dicere totum id quod subreptum est domino abesse, sicut è contrario tum quoque cùm seruus furtum fecit sola rei subreptæ æstimatio deducitur ex peculio, non etiam furti pœna *dict. l. sed si damnum 9. §. siue autem infr.*

5 ¶ Si ære alieno dominico exhauriatur peculium serui: res tamen in causa peculiari manet. nam si aut seruo donasset debitum dominus, aut nomine serui alius domino intulisset: peculium suppletur, nec est noua concessione domini opus.

Ad §. 5. *Si ære alieno.*

RAT. DVB. Quemadmodum id quod seruus domino debet, in primis & ante omnia deducendum est ex peculio, vt proximè diximus ex *l. sed si damnum 9. §. peculium infr.* quia, vt ibi Vlpianus ait, præuenisse dominus, & cum seruo suo iam egisse creditur (nullum enim priuilegium præponi patri, vel domino potest cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *l. ex facto 52. infr.*) vt proinde eatenus peculium minuatur, quatenus domino seruus debet, & quidem ipso iure non minùs quàm si agenti domino seruus iam soluisset, ita fatendum videtur, si toto ære alieno dominico peculium serui exhaustum sit, nullum amplius videri esse peculium, tanquam quod ipso iure extinctum sit, vt eadem ratio sit totius ad totum quæ partis ad partem *vulg. l. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* Ergo fieri non potest, vt exinde res peculiares remaneant in causa peculiari. Implicat enim contradictionem, vt peculium ipso iure exhaustum sit, & extinctum, & nihilominus res peculiares in peculiari causa remaneant, cùm nec peculiares dicantur nisi à peculio.

DEC. Multum refert, an dicamus peculium minui vel exhauriri ipso iure, an ipsa in re: quemadmodum & cùm de dote tractamus, quam constat ipso iure minui per impensas necessarias ipso iure, distinctio illa quoque necessaria est, an dotis diminutio fiat ipso iure tantùm, an etiam ipsa in re *l. quod dicitur 5. de impens. in reb. dotal.* secundum veram illius loci interpretationem & emendationem quam attulimus *libr. 1. coniect. cap. 2.* Peculij enim sicut & dotis vnum corpus est, constans ex distantibus, si fortè plures res in peculium, aut in dotem concessæ sint *l. rerum mixtura 30. de vsucap.* & tamen cùm sit nomen generis & vniuersitatis, iuris quoque potestatem pati potest, vt ipso iure minui possit. Minuitur autem peculium omnimodo ipso iure per deductionem, quæ ex peculio ipso iure fit eius, quod domino debetur, id est, siue in rebus & corporibus consistat peculium, siue in pecunia numerata. At non semper minuitur ipsa in re, sed eo tantùm casu, quo peculium consistat in pecunia numerata. Nam non tantùm in peculio pecuniario, sed & in ipsa pecunia ratio admittit diminutionem fieri, non item corporum diminutionem fieri propter pecuniam *dict. l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. l. si is qui 56. §. vltim. de iur. dot.* Ergo si corpora & res, id est, species sint in peculio, non faciet deductio eius quod domino debetur, vt res desinant esse peculiares pro parte, nec proinde vt si totum peculium ære alieno dominico, id est, quod à seruo debetur domino, exhaustum sit, desinant esse peculiares in totum, sicuti nec fundus dotalis desinit per impensas necessarias dotalis esse siue in totum siue pro parte, vt supradictis locis scriptum est. Sed faciet ea deductio siue minuat solummodò, siue totum exhauriat peculium, vt quamuis res non desinant esse peculiares: perinde tamen inhibeatur actio creditorum in peculiares illas res, ac si peculiares esse desiissent, donec plenissimè domino satisfactum sit, æstimato in pecunia numerata vt fieri necesse est vniuerso peculio, & per certam summam discreto, vt habet initium huius legis, vt possit apparere, an deducto omni eo quod domino debetur, futurum sit aliquid superfluum ad satis faciendum cæteris creditoribus, an nihil. Quemadmodum & cùm impensa necessaria in dotem facta tanti est, quanti totus fundus est, retineri potest totus fundus, donec impensa soluta sit, sed tamen remanet dotalis ita, vt interim alienari non possit *dict. l. si is qui §. vltim.* nec existimandum est subtilitate iuris magis quàm effectu aliquo niti hanc distinctionem. Habet enim hunc effectum, vt si fortè quod domino debetur à seruo ei solutum sit, siue à seruo ipso, siue ab alio eius nomine, non sit opus concessione noua domini ad constituendum ex integro peculium, sed prima concessio sufficiat, quia res semper peculiares manserunt, sicuti nec noua constitutione dotis opus est, vt fundus dotalis fiat, qui talis semper mansit: quod secus esset, si dos, aut peculium, nihil nisi pecuniam numeratam habuisset: nec enim res quæ peculiaris esse desiisset,

iterum peculiaris fieri posset, sine noua concessione, sicuti nec peculiaris ab initio sine peculij constitutione effici potuisset: neque fundus fieri dotalis absque noua constitutione: quamuis tacita interdum possit sufficere, vt in specie *l. dotem* 30. *infr. de iur. dot.* Ita fit vt ære alieno dominico siue diminutum, siue exhaustum peculium ex postfacto suppleri possit, quandiu res peculiares in eodem statu manent, perinde ac si dominus totum debitum seruo donasset, vt Pomponius hîc scribit.

6 ¶ Non solùm id in peculio vicariorum ponendum est, cuius rei à domino: sed etiam id cuius ab eo, cuius in peculio sint, seorsum rationem habeant.

Ad §. vlt. Non solùm.

RAT. DVB. Peculij vicariorum non alia ratio constitui potest, quàm peculij ordinariorum. Pendet enim vtrumque à domini voluntate, ad cuius dominium sicuti omnes serui pertinent, tam vicarij, quàm ordinarij, sic & eorum peculia. Etsi enim seruum vicarium eum appellamus, qui conserui sui ordinarij quodammodo seruus est, vt apud Martialem, *Esse sat est seruum iam nolo vicarius esse*, fieri tamen nequit, vt seruus ordinarius habeat vicarium eiúsve peculium in suo dominio, aut in sua potestate, cùm non sit ipse suæ potestatis *l. sic eueniet* 21. *infr. ad leg. Iuliam de adult.* Atquin peculij ordinarij est, non id cuius seorsum à domino seruus rationem habuerit, sed quod ipse dominus separauerit, vt initio huius legis scriptum est. Ergo nec in vicariorum peculio aliud ponendum est, quàm quod dominus in eo peculio esse voluerit, non etiam id cuius rationem vicarij habeant, seorsum ab eo in cuius peculio ipsi sunt.

DEC. Eo ipso quod dominus seruo suo ordinario peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est *l. definitio* 6. *infr.* Nulla ergo separatione noua opus est, quæ à domino fiat peculij ordinarij à peculio vicarij, sed separationem illam à seruis ipsis, & inter ipsos fieri satis est. Est enim vicarius quodammodo seruus ordinarij: & quemadmodum ipse in peculio ordinarij est, ita & ipsius peculium, sed ita tamen vt separatim ratio semper ponenda sit peculiorum serui ordinarij, & vicarij *l. si seruus meus* 17. vbi dicemus *infr.*

5. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

DEpositi nomine pater vel dominus duntaxat de peculio conueniuntur, & si quid dolo malo eorum captus sum [a].

Ad l. Depositi 5.

RAT. DVB. Sacra & religiosa quodammodo res est depositi restitutio, & cuius integri denegata restitutio insignem quandam perfidiam arguit *l.* 1. §. *hac autem* 4. *l. bona fides* 31. *l. vltim. infr. depos.* Eamque ob causam olim depositi actio priuilegium habebat quibusdam casibus, ante chirographarios nec priuilegiarios creditores *l. si ventri* 24. §. 1. *de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l.* 9. §. 1. *de priuileg. credit.* & habet hodie, vt compensationem nullam admittat *l. penult. Cod. deposit. l. vltim. Cod. de compensat.* Item vt seruus qui depositum accepit, si manumissus sit, & adhuc depositum teneat, in ipsum danda sit depositi actio non in dominum, licèt ex cæteris causis in manumissum actio non detur *l. si apud* 21. §. 1. *infr. depos.* Atqui non redditur depositum, nisi totum reddatur, adeoque incorruptum sicuti nec commodatum nec pignus *l.* 3. §. 1. *supr. commod. l. eleganter* 24. §. *vltim. de pignor. action.* Cùm ergo rem penes filiumfamilias vel seruum depositam cogatur pater aut dominus reddere, & quidem actione depositi, consequens videtur, vt actio depositi contra eos danda sit absolutè, non cum illa adiectione *de peculio duntaxat*.

DEC. Aliud est si conueniatur quis depositi, aut commodati proprio nomine, & ex sua persona, aliud verò si ex persona, & nomine alterius. Priore casu ea obtinent, quæ proximè diximus, posteriore verò non item, quia licèt æquissimum sit depositum totum reddi, multo tamen æquius est, vt pater vel dominus, qui ex persona filiifamilias vel serui conueniuntur actione depositi, non alia de causa quàm quia filiofamilias vel seruo peculium concesserint, non in plus teneantur, quàm in peculio sit, & ita magna æquitas maiore & contraria æquitate elidtur, vt in *l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de furt.* In actione commodati idem iuris est *d. l.* 3. §. *si filiofamilias supr. commod.* Sequitur.

a *Et si quid dolo malo eorum captus sum.* RAT. DVB. Dolus quidem malus venit in actionem depositi, & quidem solus non etiam culpa saltem leuis, nisi ita conuenerit *l.* 1. §. *si conuenit l. quod Nerua* 32. *infr. depos. l.* 5. §. *nunc videndum supr. commod. l. contractus* 23. *de regul. iur.* sed solius depositarij, ergo solius filiifamilias vel serui, qui depositum accepit, non etiam patris aut domini. Non enim quod ex persona filiifamilias vel serui tenentur depositi actione de peculio, facit eos depositarios, vt ex eo constat, quod non in solidum, sed ad finem duntaxat peculij tenentur, vt proximè scripsimus. Ergo etiamsi dolo patris vel domini aliquid in re deposita factum sit in captionem & fraudem depositoris, non ideo teneri debent, vt neque filiusfamilias ipse ex dolo patris. DEC. Actio depositi quæ in patrem vel dominum datur ex contractu & persona filiifamilias vel serui, licèt non detur, nisi de peculio, attamen non minùs depositi actio est, quàm quæ in solidum contra filiumfamilias competit: adiectio enim illa qualitatis *de peculio* naturam & substantiam actionis non mutat, vt sæpius iam diximus. Ergo perinde admittit dolum patris aut domini, qui depositi actione conueniuntur, ac si essent ipsi depositarij. Neque sanè dolum ipsorum impunitum manere æquum esset, qui nulla iuris parte impunitus manere vnquam debet, ne tum quidem cùm ei soli nocet, qui dolum admisit *l. procurator* 11.

curator 11. §. 1. *infr. de dol. mal. except.* multóque esset iniquius, dolũ patris à filiofamilias qui solus depositarius est præstari, cùm suus cuique dolus nocere debeat, non alteri, *l. factum* 155. *de regul. iur. l.* 3. *quand. ex fact. tutor.* dolum igitur patris & domini hoc quoque iudicio depositi vindicari necesse est, tametsi cum ipsis contractum non sit *l.* 1. §. *filiumfamilias* 42. *infrà depos.* idémque in commodati actione iuris est *dicta lege tertia* §. *penultimo suprà commod.*

1 ¶ Sed etsi precario res filiofamilias[a]: vel seruo data sit: duntaxat de peculio pater, dominúsve obligantur.

Ad §. 1. *Sed etsi precario.*

RAT. DVB. Precariũ magis ad donationis & liberalitatis quã ad contractus causã pertinet, *l. interdictũ* 14. *infr. de precar.* Atqui actio de peculio non solet dari in patrem vel dominum, nisi ex contractu serui vel filijfamilias *l.* 1. §. *si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* ergo si precario res aliqua filiofamilias, vel seruo data sit, nulla in patrem eo nomine actio danda est, ne quidem de peculio, nec in dominum, præsertim cùm precarium nihil nisi beneficiũ sit, quod cũ filiofamilias, vel seruo fit, nemo patri aut domino factum esse dixerit: magis enim facti quàm iuris est, quandoquidem nullam iuris obligationem cõtinet, tanquam quod reuocabile sit ad nutum concedentis *l.* 1. & 2. *de precar.* quæ autem sunt facti, non transeunt ad patrem aut dominum *l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr. l. quod dicitur* 130. *de verb. obligat.*

DEC. Precarium licèt non obliget concedẽtem, quominùs illud reuocare ad nutum & pro arbitrio possit *d. l.* 2. *de precar.* obligat tamen accipientem, vt reddat: nec tantùm interdicto in eam rem propositio, sed etiam actione præscriptis verbis quæ ex bona fide oritur *d. l.* 2. *versf. itaque, iunct. d. l. interdictum eod. tit.* contrahitur enim συνάλλαγμα quoties quis alienam rem accipit certa lege *l. iuris gentium* 7. §. 1. *de pact. l. dominus* 8. & *pass. de praescr. verb.* ergo patrem quoque & dominum ex eadem causa, & siue actione siue interdicto teneri æquum est, saltem de peculio, non minùs quàm si filius vel seruus ex vero, meróque contractu obligati essent, magísque dubitari potest, an non potiùs in solidum quàm de peculio duntaxat pater vel dominus conueniendi sint: nam quemadmodum iuuari non decipi beneficio eum oportet, qui accepit *l. in commodato* 17. § *sicut autem in fin. suprà commodat.* ita nec decipi oportet, multóque minùs, eum qui beneficium certa lege dedit, non alioqui daturus *l.* 1. *C. de donat. quæ sub mod. l. vlt. C. de reuoc. dona.* deciperetur autem is qui precarium filiofamilias vel seruo concessit, si solidum nec à filiofamilias nec à seruo consecutus, non haberet obligatum patrem vel dominum, nisi de peculio: nam nec eorum qui liberalitatem acceperunt, sed eorum duntaxat, qui dederunt, priuilegium illud est, vt non suprà quàm facere possint, conueniantur, ne alioqui ex liberalitate sua periclitentur *l. inter eos* 19. §. 1. *l. & exheredatum* 49. & *seq. infr. de re iudic.* sed pro patre vel domino fortior illa ratio facit, quòd non debeat grauior eorum esse condicio, cùm ex persona serui vel filijfamilias conueniuntur, quàm si ex commodato, in quo etiam beneficium vertitur, conuenirentur: cùm imputare sibi possit, & debeat is, qui precarium eiusmodi personis concessit: nihil autem imputare possis patri vel domino qui precarium non accepit, nisi cur filiofamilias vel seruo peculium concesserit: quę tamen ratio non ad plus obligare illum potest, quàm vt actione de peculio duntaxat, & ad finem peculij teneatur.

2 ¶ Si filiusfamilias iusiurandum detulerit, & iuratum sit: de peculio danda est actio. quasi contractum sit. Sed in seruo diuersum est[a].

Ad § 2. *Si filiusfamilias.*

RAT. DVB. Qui iusiurandum aduersario defert, facit eum iudicem in sua causa *l.* 1. *infr. quar. rer. act. nõ det.* atque ita donat ei quodammodo litis victoriam: donandi autem & perdendi potestatem nullam filiusfamilias habet, multóque minùs seruus, nec si liberam habeat peculij administrationem *l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat. l. contra* 30. §. *vlt. supr. de pact.* non est igitur ferendum, vt ex iurisiurandi delatione per filiumfamilias facta, pater de peculio teneatur, non magis quàm dominus ex delatione serui.

DEC. Iusiurandum habet vim stipulationis, nouationis, trãsactionis, & rei iudicatæ *l.* 1. & 2. *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. l. tutor* 35. §. 1. *supr. de iureiur.* atqui ex omnibus istis causis pater de peculio tenetur, vt dictum est in præcedentibus, ergo & ex iureiurando per filiumfamilias delato si ex eo iuratum sit.

a *Sed in seruo diuersum est.* RAT. DVB. Etiam dominus ex contractib. serui tenetur de peculio, perinde ac pater ex contractibus filijfamilias *l.* 1. §. *verba autem & seqq. & pass. hoc tit.* atqui ex delatione iurisiurãdi facta per filiumfamilias tenetur de peculio pater eo colore, quasi cum filio contractũ sit, ergo & in seruo idem probandum est quod in filio, & in domino quod in patre.

DEC. Iusiurandum habet quidem vim contractus, sed qui in iudicio factus sit, quoniam habet etiam instar non solùm iudicati, sed etiam iudicij *d. l. qui iurasse* §. *vlt. supr. de iureiur.* Seruus autem sicut in iudicio stare nullomodo potest, ita neque omnino quicquam facere quod iudicij instar habeat, adeò vt neque possit compromittere, ne quidem ex causa peculiari *l.* 3. §. *si seruus supr. hoc titu.* meritò igitur placuit diuersum ius hac parte constitui in seruo, quàm in filio, tametsi non defuerint ex antiquis prudentibus, id est, ex Proculianis, vt Cuiacius interpretatur *lib.* 8. *Obseruat. cap.* 11. qui in vtroque idem iuris constituendum putauerint, vt Paulus refert in *l. quidam* 22. vbi scripsimus *supr. de iureiur.*

3 ¶ Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, siue patrimonium pusillum.

Ad §.3. Peculium.

Etymologia est peculij, vt dictum sit peculium quasi pusilla pecunia, vel pusillũ patrimoniũ scilicet filijfamilias vel serui: nec.n. paterfamilias quisquam habere peculium potest, *l. vlt. §. vlt. C. de inoffic. testam. l. certum est 13. C. de famil. ercisc.* RAT. DVB. Non potest filiusfamilias proprium quicquam habere à patre, nec si pater donet, *l. donationes 31. §. pater infr. de donat.* quia inter patrem & filiumfamilias consistere donatio non potest *l. 2. C. de inoff. donat. l. fine emancipatis 17. C. de donat.* obstante scilicet iure patriæ potestatis *l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* adeò vt nec peculij castrensis capax fieri potuerit filiusfamilias ex constitutionibus, quin veluti paterfamilias in eo constitueretur *l. 2. supr. tit. prox.* Seruus autem cùm sit omnino incapax acquisitionis, ita vt etiam inuito domino acquirat penè ex omnibus causis, id est, extra causam hereditatis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena 6. de acquir. hered.* patrimonij alicuius habendi quantumlibet pusilli omnino incapax est, etiam volente domino quandiu seruus manet: non ergo dici potest peculium esse quasi pusillam pecuniam, aut quod effectu idem est pusillum patrimonium siue filijfamilias, siue serui. Pecuniam enim pro patrimonio dixit lex duodecim tabularum in illis verbis, *Paterfamilias vti super pecunia sua legasit ita ius esto, l. verbis legis 120. de verb. signific.*

DEC. Non potest equidem filiusfamilias aut seruus habere verè ac propriè patrimonium, ne quidem sub nomine peculij, & cùm eo nomine abutimur, vt in hoc §. *& in l. hinc quæritur 19. §. 1. l. quoties 47. §. vlt. infr. l. peculium & ex eo 39. infr.* significamus, tale quid quod illi habeant conniuentibus, vt ita dicam, patris vel domini oculis, *l. 4. §. 1. infr. de manumiss.* quia seruile peculium solius domini verè est, non etiam serui: filij verò familias peculium magis est patris quàm filij *l. 3. §. sed vtrum vers. nec eo mouemur l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Habet enim paullo plus iuris hac in re filiusfamilias quàm seruus, quia fuit capax acquisitionis, cùm pater nolebat sibi per filium acquiri, & ex aliis quibusdam causis etiam extra castrense, vel quasi castrense peculium, vt sæpiùs docuimus, & probauimus ex *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend. l. nec is 13. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio, d. l. Imperator 50. ad Senatusconsultum Trebellian. l. 1. Codice qui admit. ad bonorum poss. ff.* dum ne ex contractu aliquo paterno, vt dixi ex *dict. l. 2. Codic. de inoff. donat. l. fine emancipatis 17. Codice de donat.* Fuit autem ex summa parentum & dominorum vtilitate inductus vsus peculiorum, nõ solùm vt per filiosfamilias, vel seruos locupletiores fierent, sed etiam vt haberent filiorum ingenia, & seruorum alioqui proniora ad libidinẽm & nequitiam quo se exercerent, otijque pericula deuitarẽt. Cæterùm manere peculium filijfamilias & serui in patrimonio ac domino patris vel domini, ex eo apparet quod in patris & domini potestate est, peculium illud quandocunque adimere, aut in totum aut pro parte dum ne dolo malo, & in fraudem eorum qui cum filiofamilias, vel seruo contraxerunt *l. prox. in princip. sup. l. peculium nascitur 40. infr. l. 1. tit. prox.* Deniq; non possunt filijfamilias vel serui proprium vllum habere patrimonium, cùm sint ipsi in aliena potestate *l. si eueniet 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* ideóque dicitur peculium quasi patrimonium hîc & in *dict. l. 47. §. vltim. infr.* & velut patrimonium in *d. l. 39.* Etsi verò peculium dictum est, quasi pusillum patrimonium, nihil tamen vetat, etiam magnam esse quantitatem in peculio, siue actum sit per bonam filijfamilias aut serui administrationem, & parsimoniam, siue per donationes, quas à quolibet sibi fieri promeruerit, vt in *d. l. peculium & ex eo 39. infr.* siue aucta patris aut domini in filiumfamilias, aut seruum voluntate, sed origine peculiorum inspecta, dubitandum non est, quin à pusillæ pecuniæ concessione cœperint, quia nec prudentis esset patrisfamilias, egregiam pecuniæ quantitatem eius administrationi committere, cuius prudentiam in rebus administrãdis nondum satis compertam habuisset: aliter verò peculij appellatio olim accepta est apud rusticos illos quos Celsus refert in *l. ficorum 79. §. 1. de legat. 3.* audisse se dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes id, quod præsidij causa seponeretur.

4 ¶ Peculium autem Tubero quidem sic definit, (vt Celsus libro sexto Digeorum refert) quod seruus, domini permissu, separatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.

Ad §. vlt. Peculium autem.

RAT. DVB. Definitio hæc peculij à Tuberone tradita non conuenit peculio filijfamilias, sed seruili tantùm, vt ex eo apparet quod & de seruo & de domino, déque rationibus dominicis loquitur, quorum omnium nihil est, quod de peculio filijfamilias dici possit; & tamen filiusfamilias tam verè peculium habet, quàm seruus, nec ad filiosfamilias, & patres minùs, quàm ad seruos & dominos totus hic tractatus pertinet *l. 1. §. verba autem & §. potestatis sup.*

DEC. Habent quidem etiam filijfamilias sua pecula, sicut & serui, sed rariùs & cum hac differentia quòd habent, prętereà ius sui heredis, cuius potestate fit, vt totius patrimonij paterni sint quodammodo heredes ac domini iam viuo adhuc patre *l. in suis 11. de liber. & posth. l. 1. §. largius infr. de success. edict. l. vlt. de bon. damnat.* vt proinde non possit tanta fieri patrimoniorum separatio in peculio filijfamilias, quanta in peculio serui: quamquam & separationem aliquam in eo peculio æquè fieri necesse est, vt discerni possit, quid & quantum sit in peculio, quod nesciri alioquin posset. Itaque potest hæc definitio aptari etiam peculio filijfamilias, vt sit id quod filius patris permissu separatum habet, non tam à rationibus paternis [nec enim tam facilè parentes bona sua administrabant per liberos, quàm domini per seruos, metu fortasse discordiarum, quas siue bonæ siue malæ administrationis materia excitare solet, ac ne seueriùs ob eam causam exercere patriam pote-

potestatem in liberos cogerentur] quàm à toto patris reliquo patrimonio, deducto inde si quid patri debeatur, *l. sed si damnum 9. §. prætereà ver. nam vt eleganter infr.* in vtroque tamen peculio intellige concessionem & constitutionem, factam esse reuera & traditione, non nudis verbis aut nuda voluntate *l. 4. §. 1. supr. l. non statim 8. infr.* Cætera quæ ad hanc definitionem pertinent, iam explicata sunt ad initium legis proximè præcedentis & ad *§. vlt. l. prox. supr.* iunge *l. si seruus meus 17. infr.*

6. CELSVS libro 6. Digestorum.

DEfinitio peculii, quam Tubero exposuit, vt Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est. nam eo ipso, quòd dominus seruo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est.

Ad l. Definitio 6.

RAT. DVB. In definitione illa peculij quam Tubero tradidit, nulla vicariorum mentio fit, nulla etiam seruorum ordinariorum, quorum permissu vicarij habeant seorsim & separatim sua peculia: ergo benè Labeo dicebat definitionem illam peculij à Tuberone traditam ad peculia vicariorum non pertinere, in eoque mancam esse.

DEC. Eo ipso quod dominus seruo suo ordinario peculiũ constituit, etiam vicariis eius constituisse credendus est, nec proinde alia separatione & concessione opus est: bona igitur & sufficiens est definitio Tuberonis, & ad peculia quoque vicariorum pertinens: præsertim cùm sicuti vicarius est, quodammodo seruus ordinarij, ita & ordinarius quodammodo vicarij sui dominus videri potest, qui permittere ideo potest vicario, quid & quantum velit eum seorsim habere ex peculio quod vtriusque dominus seruo ordinario pro se suisque vicariis cõstituit: iunge quæ scripsimus ad *§. vltimum l. 4. suprà.*

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVam Tuberonis sententiam & ipse Celsus probat.

Ad l. Quam Tuberonis 7.

Coniungendum est initium huius legis cum fine *l. 5. supr.* nam cùm Vlpianus noster definitionem peculij à Tuberone traditam ex Celso retulisset, superetat, vt eam definitionem quam Labeo impugnauerat, etiam Celso placuisse diceret. Multum namque refert in vnoquoque tractatu, vt eius rei de qua quęritur certa sit & indubitatè vera definitio, ex qua tanquam ex certissimo & potissimo principio cætera omnia ad illum tractatum pertinentia decidenda sunt. Illa autem Celsi sententia & adprobatio contra Labeonis reprehensionem, interposita est ex eodem Celso in *l. prox. praced.* nec frustrà cùm ex Vlpiani verbis nesciri posset in quo, aut à quo reprehensa esset Tuberonis definitio.

1 ¶ Et adiicit, pupillum vel furiosum constituere quidem peculium seruo non posse. verùm ante constitutum (id est ante furorem, vel à patre pupilli) non adimetur ex his causis: quæ sententia vera est. Et congruit cum eo, quòd Marcellus [a] apud Iulianum notans adiicit, posse fieri, vt ex dominis seruus peculium habeat apud alterum, apud alterum non, vtputa si alter ex dominis furiosus sit, vel pupillus: si, vt quidam (inquit) putant, peculium seruus habere non potest, nisi concedente domino. ego autem puto, non esse opus concedi peculium à domino seruum habere: sed non adimi, vt habeat, alia causa est peculij liberæ administrationis: nam hæc specialiter concedenda est.

Ad §. 1. Et adijcit.

RAT. DVB. Neque filiusfamilias, neque seruus peculium habere potest, nisi consentiente adeóque concedente domino vel patre, vt sequitur in hoc §. nec malè videtur dici posse de peculio, quod de vsufructu eleganter Celsus dicebat in *l. 1. §. interdum supr. de vsufr. adcresc.* vsumfructum quotidie constitui, cùm in singula momenta liberum sit patri vel domino peculium aut minuere, aut etiam totum adimere: nam & inde fieri videtur, vt quod ex postfacto deberi patri vel domino incipit, deducendum sit ex peculio, quòd non sit verisimile patrem vel dominum concedere filio vel seruo in peculium habere id, quod sibi debeatur, quomodo Vlpianus noster ratiocinatur in *l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. prætereà infr.* atqui nec pupillus, nec furiosus concedere potest peculium, imò neque consentire seruo peculium iam habenti, cùm pupillus iudicio careat, furiosus verò etiam mente ac sensu ita vt nec sentire videatur *l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat. l. 2. §. 1. supr. de procurat. l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* ergo dicendum est, non solùm pupillum vel furiosum constituere seruo peculium non posse, quod nec eorum tutori vel curatori permittitur, *l. 3. §. Pedius* vbi dixi *suprà.* Sed & si quod constitutum sit à furioso ante furorem, aut etiam à patre pupilli, pro adempto haberi, id debere per superuenientem furorem aut noui domini pupillaritatem, quasi cessante voluntate quæ non potest videri durare, cùm nulla sit.

Dec. Aliud est concedi & constitui nunc primùm peculium, aliud verò concessum & constitutum non adimi, peculium concedi quidem & constitui sine expressa voluntate non potest. Sed vt non adimatur, quod simplex abnutiuum est, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem 83. in principio de verborum obligat.* nulla voluntate opus est: imo verò ad adimendum voluntas adimentis, non minùs necessaria est, quàm ad concedendum voluntas concedentis. Proinde fatendum est, non magis posse pupillum vel furiosum adimere peculium, quod iam ritè concessum est, quàm quod nunquam concessum fuit, nunc primùm concedere. Porrò peculium quod iam concessum nec ademptum est, necesse est concessum manere, in eámque rem adiumento magis est, quàm impedimento superueniens furor vel noui domini pupillaritas, sic dicimus ex superuenienti furore, non dissolui matrimonium, quod anteà ritè contractum fuit: quamuis matrimonium inter inuitos sicuti non contrahitur, ita neque retineatur *l. patre furioso 8. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt. iunct. l. si patre cogente 22. de rit. nupt. l. heredibus 77. §. 1. ad Senatusconsultum Trebellian.* Itémque cum qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem *l. 3. §. 1. infr. quibus ex caus. in poss. eat.* Et hoc est quod vulgari nostrorum iactatur brocardico: multa facta tenere, quæ fieri tamen prohibentur: aliud ergo est dare, aliud non adimere: sicut & aliud, non dare, aliud adimere.

a *Et congruit cum eo quod Marcellus.* Ego verò vbi congruentia ista sit, non magis video, quàm in *l. 3. §. cui congruit suprà hoc titul.* Proximè namque Vlpianus eum casum tractauit, quo seruus furiosi peculium habuerit constitutum à domino suo ante furorem, itémque seruus pupilli constitutum à patre: nunc verò ex Marcelli notis ad Iulianum proponit eum casum quo vnus idémque seruus duos habens dominos, pupillum vnum vel furiosum, alterum verò suæ ætatis & sanæ mentis vnum habeat peculium: quo casu euenire, ait Marcellus, vt seruus hic apud vnum ex dominis habeat peculium, non etiam apud alterum. Quod tamen si Marcellus intellexit de peculio quod concessum fuerit ab vtroque domino, ante furorem alterutrius, vel à patre pupilli aut furiosi, non solùm non congruit, sed etiam ex diametro repugnat superiori sententiæ, quæ habet non eo minùs durare peculium, quod nec ademptum sit, nec adimi à furioso aut pupillo possit, neque concessione aliqua opus esse, cùm sufficiat ademptum non fuisse: si verò Marcellus intellexit de peculio, quod pupillus ipse vel furiosus iam furore percitus constituerit, non solùm diuersus erit casus à superiore, sed omnino contrarius, nec proinde illi congruens; & in quo præterea falsum erit, quod Vlpianus respondet in *vers. ego autem puto*, non esse opus concedi peculium à domino seruum habere, sed non adimi, vt habeat: nec enim nisi absurdè possis tractare de peculio non adempto, aut non adimendo, quod nunquam concessum fuerit, sicut è contrario frustrà dicas & ridiculè, non esse opus concedi à domino peculium, quod iam concessum sit, nisi eam propositionem restringas ad nouam & secundam concessionem, de qua tamen nihil hîc Marcellus, nihil Vlpianus, sed cùm verba illa quæ de non ademptione peculij loquuntur, cogant nos fateri, sequendam esse priorem interpretationem, illud etiam fatendum est, calumniosam videri adnotationem Vlpiani ad Marcellum siue sic intelligas, vt Marcellus eorum opinionem adprobauerit quos putasse refert peculium habere non posse seruum, nisi concedente domino, cùm istorum sententiam referat, duntaxat non etiam probet, imò improbet potiùs formula illa loquendi, *si vt quidam putant*, at in *l. quidam 22. supr. de inrecur. l. Papinianus 23. de donat. inter virum & vxorem, l. lecta 41. supr. de reb. credit.* siue sic intelligas, vt non tam Marcelli quàm istorum opinionem Vlpianus improbet, cùm nec illos credibile sit, de eo casu sensisse, quo concessio peculij aliqua præcesserit, sed quo nulla; nec potest quicquam verius dici, quàm quod propositione ista côtinetur, seruum habere peculium non posse, nisi domino concedente. Id enim est, quod diximus ad *l. 4. in princip. supr.* permissionem & concessionem domini expressam & specialem requiri ad constituendum nunc primùm peculium. Quis enim vnquam dixit noua & secunda concessione opus esse, si ademptio nulla intercesserit? vnde facilè moueor, vt in hac quoque adiectione non minùs quàm in *d. §. cui congruit*, Triboniani manum agnoscere mihi videar, præsertim ob illa verba satis inuoluta & contra Vlpiani morem, *ego autem puto non esse opus concedi peculium à domino seruum habere, sed non adimi vt habeat*, prætet id quod falsa propositio est, si absolutè intelligatur nulla priore concessione supposita: neque enim sola non ademptio potest sufficere ad primam constitutionem peculij: sicuti nec potest peculium non adimi, quod nunquam concessum fuit, vt diximus. Mouet etiam me non parum quod sequitur, *alia causa est peculij liberæ administrationis: nam hæc specialiter concedenda est.* Quasi verò non sufficiat liberam peculij administrationem concessam esse à patre pupilli aut à furioso antè furorem, sicuti sufficit concessum fuisse peculium: cùm enim tandiu durare concessionem liberæ administrationis necesse sit, quamdiu expressim reuocata non est, extrà quàm si seruus sit fugitiuus vel subreptus, vel de quo nesciat dominus, an viuus ille an mortuus sit *l. libera 48. infrà*, non possit autem reuocari à furioso neque à pupillo, consequens est, vt & sufficiat eam non adimi, atque ita vt hac parte nulla differentia sit inter concessionem peculij simplicem, & concessionem liberæ administrationis. Fateor ex sola peculij concessione, non posse inferri ad concessionem liberæ administrationis, sed dico vbi semel concessa est, non magis ademptam eam videri per furorem superuenientem, aut noui domini pupillaritatem, quam peculij simplicem concessionem: vbi verò nunquam concessa fuit libera administratio, nec aliud iuris esse, quàm si peculium nunquam concessum fuerit, cùm eo casu speciali quoque, vt diximus, peculij concessione opus sit. Potest sanè curator furiosi liberam peculij administrationem & filiofamilias & seruo concedere, & denegare *l. curator 24. infr.* Imò & peculium in totum adimere, si furiosi vtilitas id exigat, corruptis fortasse serui moribus quem curator certè pati non debeat, grassari impunè in peculio furiosi: quamuis peculium adimere longè

longè plus sit, quàm peculij liberam administrationem vel concedere vel denegare. Planè rebus omnibus in eodem statu manentibus, non putarem permittendum curatori furiosi, vt filiofamilias vel seruo peculium sine causa adimeret ei, cui furiosus ante furorem concessisset. Idémq; in adeptione liberæ administrationis iuris esse *argu. l. cùm quis 38. in princ. de solut. l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fact.* atque ita meo quidem iudicio ex iuris ratione omnino sentiendum est.

2 ¶ Scire autem non vtique singulas res debet, sed παχυμερέστερον *id est, pinguius,* & in hanc sententiam Pomponius inclinat.

Ad §. 2. Scire autem.

RAT. DVB. Specialis voluntas vix potest esse sine speciali scientia: nec enim fertur voluntas in incognitum, atqui speciali voluntate patris, vel domini opus est, ad constituendum peculium & efficiendas res peculiares, vt proximè diximus: scire igitur specialiter dominus & pater debet res omnes quæ sunt in peculio. Et quamuis non sit onerandus, vt in singula momenta inquirat, quid sit peculij *l. peregrè 44. §. 1. de acquir. poss.* ab initio tamen ea inuestigatio & perquisitio exactissima videtur esse necessaria ad certam verámque peculij constitutionem.

DEC. Scientia quidem exacta requiritur ab initio in constitutione peculij, sed quam moralem esse sufficiat, & probabilem, nec necesse sit esse physicam, & tam præcisam. Solent enim prudentes nostri tùm quoque cùm quid certò ac præcisè statuunt omnia sumere παχυμερέστερον, id est pinguiùs, & latiùs, quod aliàs dicere solent ἐν πλάτει, vt in *l. 3. supr. de condict. tritici, l. si arbiter 28. infr. de probat. l. ratum 13. de solut. l. quo enim 12. §. Iulianus infr. rat. rem haber.* id est, cum aliquo temperamento, vt Paulus explicat in *l. quod dicimus 105. de solut.* alioqui facilè ius traheretur ad iniuriam, & ea quæ certissimè & rectissimè constituta sunt, hoc prætextu subuerterentur, vt ex prædictis locis cõstat, sanè peculium semel concessum, ex postfacto augeri etiam ignorante domino nihil vetat. *d. l. peregrè §. 1. & l. non solum 49. in principio infrà.*

3 ¶ Pupillum autem, tam filium, quàm seruum, peculium habere posse, Pedius libro quintodecimo scribit: cùm in hoc (inquit) totum ex domini constitutione pendeat. Ergo etsi furere cœperit seruus [a], vel filius retinebunt peculium.

Ad §. 3. Pupillum.

RAT. DVB. Peculium non datur filiofamilias à patre, nec seruo à domino, nisi vt ex patris & domini vtilitate bene administretur, fiatque pater aut dominus per eam administrationem locupletior, atqui pupillaris ætas non est capax bonæ administrationis, cùm ignoret etiam illa quæ videt *l. 1. C. de fals. monet. l. pupillus 9. de acquir. hered.* nec valde distet pupillus à furioso *l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Non ergo ferendum est, vt filiusfamilias vel seruus pupillus peculium habeat.

DEC. Constitutio peculij tota pendet ex constituentis volũtate, proinde siue pater filio impuberi, siue dominus seruo pupillo peculium concesserit, non eò minùs valet constitutio, cùm imputare sibi debeat pater vel dominus, cur pupillo peculium concesserit, sicut & imputamus ei qui pupillum alicui negotiationi præposuerit *l. sed etsi quis 7. §. vlt. & l. seq. supr. de instit. act. l. 3. §. vlt. supr. de minor.*

a *Ergo etsi furere cœperit.* RAT. DVB. Non videtur bona hæc consecutio, vt quod iuris est in pupillo ante furorem, idem esse debeat postquàm furor superuenit. Nec enim certũ est, nec sperari probabiliter potest, ætatem allaturam esse resipiscentiam furioso, quemadmodum certum est allaturam esse iudicium pupillo: vnde fieri posse docuimus sæpiùs, vt iudicium quod pupillo deest, suppleatur per tutorem, non etiam quod furioso deest, suppleatur per curatorem, & vt nihil possit furiosus gerere, ne quidem authore curatore, pupillus verò possit omnia ferè cum tutoris authoritate *l. in negotiis 5. de regu. iur.* neque verò quisquam probabiliter dixerit liberam peculij administrationem permanere in furioso, magis quàm in fugitiuo seruo, aut in subrepto, aut in eo, de quo nesciatur, an viuus vel mortuus sit: subintelligenda enim est in conuentione & concessione qualibet tacita hæc condicio, si persona in eadem causa, eodémque statu maneat *l. cùm quis 38. in princip. infr. de solut.* neque rursus verè quis dixerit, posse concedi peculium ei qui iam furiosus sit, cùm nihil ipse possit gerere, ne quidem authore curatore, vt modò diximus ex *d. l. 5. de reg. iur.* nec igitur permittendum est, vt pupillus qui in furorem incidit, retineat peculium, quod ipsi ante furorem concessum fuerat.

DEC. Cùm pupillus adeóque minor annis vigintiquinque in furorem incidit, vicium illud ætatis non animi esse intelligitur, ideóque si liber homo sit qui patrem non habeat, tutor ei dandus est, tanquã pupillo, non curator tanquam furioso *l. 3. §. 1. infr. de tutel.* nihil ergo superueniens furor mutare potest in pupillo, cui pater aut dominus peculium concesserit, maximè cùm sit in eius, qui concessit, potestate non solùm liberam peculij administrationem filio vel seruo adimere, si velit, sed totum etiam peculiũ *l. 4. in princip. supr.* Imputet ergo sibi cur non ademerit, cùm posset, non quasi ei qui iam furiosus est, peculium concedi possit, sed quia multa facta tenent, quæ fieri prohibentur, vt diximus ad §. 1. *huius legis.* Sanè vt libera peculij administratio tacitè ac ipso iure reuocata intelligatur, facilius est, quàm vt sola peculij concessio *dict. l. libera,* tanquam quæ sit maioris momenti & periculosiùs retineatur, putà ex causa furoris superuenientis in persona illius, qui peculium habeat cum libera administratione, sed in furioso maiore vigintiquinque annis id obtinet, non in pupillo vel adulto *d. l. 3. §. 1. infr. de tutel.*

4 ¶ In peculio autem res esse possunt omnes, & mobiles, & soli. vicarios quoque in peculium potest habere: & vicariorum peculium [a] hoc ampliùs & nomina debitorum.[b]

Ad §. 4. In peculio.

RAT. DVB. Faciliùs amittitur possessio rerum mobilium quàm rerum soli, vt Papinianus tractat in *l. si rem mobilem 47. infr. de acquir. poss.* Difficiliùs ergo inducendum fuit, vt ex rebus mobilibus peculium constitueretur, ne tam facile foret filiisfamilias aut seruis deteriorem facere parentum aut dominorum condicionem. Inductus enim est vsus peculiorum, vt parentibus & dominis prospiceretur, non vt noceretur, vt diximus ad *l. 1. supr.*

DEC. Commodior ad commercium est, & ad lucrum quotidianum negotiatio rerum mobilium quàm immobilium, & ad exercendum negotiatoris ingenium, quòd earum rerum precia pro locorum & temporum varietate alia & alia sint *l. 3. de eo quod cert. loc. l. precia 63. ad leg. Falcid. l. si seruus 31. sup. ad leg. Aquil.* quod in rebus immobilibus quæ locum nunquam mutãt, non ita est. Nihil ergo prohibet, etiam in rebus mobilibus peculium constitui. Et quamuis ex euentu damnum aliquod ea res adferret patri vel domino imputare sibi deberet, qui tale peculium filiofamilias aut seruo concessisset, cùm totum hoc pendeat ex solius concedentis voluntate, vt diximus ad *§. præced.*

a *Et vicariorum peculium.* RAT. DVB. Vicarij peculium quasi proprium ipsius patrimonium est, non minùs quàm peculium serui ordinarij. Et in peculio vicarij illud tantùm ponendum est, quod is habeat seorsùm à peculio serui ordinarij *l. 4. §. vltim. supr.* non ergo computari potest in peculio serui ordinarij peculium vicarij: alioqui dabitur progressus in infinitum, si admittamus posse peculium esse in peculio.

DEC. Eodem modo se habet seruus ordinarius ad suum vicarium, quomodo verus dominus erga seruum ordinarium: nam ordinarius quodammodo dominus est vicarij, & vicarius quodammodo seruus ordinarij: ergo etiam in peculio ordinarij computandum est peculium vicarij, nec verendum est, vt progressus fiat in infinitum, cùm nec vicariorum vicarij dari possint in infinitum. Denique sicut vicarij ipsi sunt in peculio seruorum, ita & eorum pecuIia *l. 17. infr.*

b *Hoc amplius & nomina debitorum.* RAT. DVB. Res mobiles & immobiles sunt termini contradictorij, inter quos nihil medium & tertium esse potest, *l. si inter me 15. infr. de except. rei iudic.* Non ergo possunt nomina debitorum constituere tertiam partem bonorum à mobilibus & immobilib. bonis differentem, & qui post res mobiles & immobiles adiicit nomina debitorum, nihil ampliùs adiicit, eáque fuit iampridem Bartoli nostri sententia, à plerisque non modò doctoribus, sed etiam populis adprobata, vt iura quoque & actiones computari debeant in numero bonorum mobilium aut immobilium, prout competunt ad rem aliquam vel mobilem vel immobilem: sic enim ille ad *l. si sic legatum 75. §. vlt. de legat. 1.* ita vt qui bona sua omnia tam mobilia quàm immobilia, vel donauit, vel vendidit, vel obligauit, vel in dotem dedit, nulla iurium & actionum facta mentione de iuribus quoque & actionibus contraxisse, ac disposuisse existimetur.

DEC. Res omnes siue mobiles siue immobiles sunt corporales, cùm habeant talem denominationem à loco, qui non conuenit, nisi rebus corporalibus: ideò enim dicuntur mobiles, quòd à loco vbi sunt moueri facilè possunt, siue à seipsis, quæ speciliori nomine dicuntur, se mouentes, de quibus in *l. mouentium 93. de verb. signific.* siue ab alio quæ retento generis nomine mobiles appellantur. Immobiles verò ideò dicuntur, quòd à loco in quo sunt, moueri nunquam possint, neque à seipsis, neque ab alio; at iura & actiones sunt de numero rerum incorporalium, quia nec vllo loco contineri possunt neque definitiuè, neque circumscriptiuè *tit. de reb. corpor. & incorp.* apud Iustin. *l. 1. §. quadam supr. de rer. diuis.* vnde est, quod legato rerum omnium quæ alicubi sunt nomina debitorum non continentur *l. Caius Seius 86. de leg. 2. l. quæsitum 78. §. 1. de leg. 3.* differunt ergo toto genere à bonis mobilibus & immobilibus, & constituunt necessariò tertiam speciem bonorum ab aliis bonis separatam. Quod hic locus probat omnium optimè. Eóque passim iure vtimur, maximè verò in Senatu nostro Sabaudiæ, nisi cùm extat cõsuetudo aliqua in contrarium. Qualis esse dicitur apud Geneuates, & Bernenses: itaque errãt quotidie imperitiores plerique Notariorum, qui vt bona omnia in stipulatione comprehendant solent adiicere *tam mobilia quàm immobilia*, nec obseruant ea adiectione excludi iura & actiones, quæ alioquin nuda & indistincta bonorum appellatione comprehẽdi simpliciùs & commodiùs potuissent *l. bonorum 49. de verb. signif.* Planè si quando nos cogat necessitas, iura quoque & actiones bonis mobilibus aut immobilibus adnumerare, supradicta Bartoli distinctio sequenda erit, vt latiùs à nobis demonstratum est in Codice nostro Fabriano.

5 ¶ Sed & si quid furti actione seruo deberetur, vel alia actione: in peculium computabitur. hæreditas quoque & legatum, vt Labeo ait.

Ad §. 5. Sed & si quid furti actione.

RAT. DVB. Neque furti actio, neque alia vlla exerceri à seruo potest, cùm in iudicio agere non possit, nec magis conuenire quàm conueniri *l. seruum 6. C. de iudic.* nec rursus etiamsi sit seruus heres institutus, aut legatum meruerit hereditas tamen aut legatum ad eum pertinere potest; sed ad dominum, cui per seruum ita acquiritur, vt ne momento quidẽ temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acquir. hered.* non igitur fieri potest, vt quod siue furti, siue alia actione seruo debetur, in peculio eius sit, multóque minùs hereditas in qua institutus sit, aut legatum, quod ei datum fuerit: nam neque istorum capaces sunt serui, nisi ex persona domini *l. non minùs 31. de hered. instit.*

DEC.

Dec. Cùm seruo furtum factum est, actio quidem competit domino non seruo, sed tamen non eo minùs verum est, deberi seruo naturaliter, quod per eam actionem debetur domino ciuiliter: non enim debetur domino, nisi ex persona serui. Cur non ergo computabitur in peculio serui, in quo erat ante furtum? nam nec minui solet cuiusquam liberi hominis patrimonium, ob furtum quoties furti reposcendi facultas adest, proposita contra furem actione, quia furtum nec acquirendi dominij modus est, nec amittendi: quod autem in liberi hominis patrimonio seruaretur, idem & in serui peculio seruandum est *l. quoties 47. §. vltimo infrà*. Idem & in hereditate & in legato probandum est, si seruus officio suo aliquo promeruerit, aut hereditatem aut legatum, aut etiam donationem *l. peculium & ex eo 39. infrà*, etsi enim hereditatis & legati & donationis commodum acquiritur per seruum domino, non solùm ignoranti, sed etiam inuito extra causam hereditatis in qua præcedere iussum & voluntatem domini oportet *l. etiam 32. de acquirend. rerum domin. iunct. l. qui in aliena 6. de acquirend. hered.* ipsa tamen institutio & legati datio, & donatio in personam serui collata est, quem verum est, & institutum heredem fuisse, & legatum aut donationem meruisse: sunt enim ista omnia meri facti, quorum seruus ita capax est, vt nec per eum transeant in dominum *l. qui heredi 45. de condict. & demonstr.* sed hoc ita accipiendum est, si non ipsius domini contemplatione seruus heres institutus sit, aut legatum vel donationem acceperit, non aliquo suo officio promeruerit: tunc enim non potest hereditas, neque legatum, neque donatio, esse in peculio serui, nisi ex noua & speciali domini concessione *d. l. peculium 39. infr. iunct. l. si serui vsusfructus 21. & sequent. supr. de vsufru.* sed & quod dicimus eo casu quo seruus hereditatem, vel legatum, vel donationem officio aliquo suo promeruerit, esse omnia ista in peculio serui, accipiendum est, haud dubiè sub perpetua illa exceptione, nisi fortè dominus hoc proposito fiat, vt nollet fieri ista peculij, quomodo scriptum est in §. *prox. seq.* semper enim meminisse oportet eius quod scripsimus ad §. *pupillum supr.* pendere hæc omnia ex peculij constitutione & ex constituentis domini voluntate: eædémque distinctiones etiam in filiosfamilias adhibendæ sunt.

6 ¶ Sed & id, quod dominus sibi debet, in peculium habebit: si fortè in domini rationem impendit, & dominus ei debitor manere voluit: aut si debitorem eius dominus conuenit, quare si fortè [a] ex serui emptione, euictionis nomine, duplum dominus exegit: in peculium serui erit conuersum. nisi fortè dominus eo proposito fuit, vt nollet hoc esse in peculium serui.

Ad §. 6. Sed & id, quod dominus.

Rat. dub. Cùm seruus aliquid ex peculio suo in rem domini sui impendit fecit id quod debuit, nec aliquid ex suo impendit, sed ex re ipsius domini cuius & totum peculium fuit: absurdum igitur est, vt dominus ex hac causa debitor serui sui constituatur, ac proinde vt id quoque quod ex peculio impensum est à seruo in rem domini adhuc in peculio computetur. Nam etsi seruus eiusdem peculij pecuniam pro alio soluisset, actionem tamen ad eam repetendam, non sibi, sed domino acquisiuisset, ita vt nec momento temporis obligatio & acquisitio in persona serui constitisset *l. placet 79. de acquir. hered.*

Dec. Postquàm ob vtilitatem dominorum ita receptum est, vt seruus licèt omnino incapax acquisitionis & habendi patrimonij, peculium tamen habere possit conniuentibus domini oculis, quasi proprium suum patrimonium, illud etiam admitti consequens fuit, vt ex eo peculio posset ipse & debitor fieri, & creditor domini tanquam alterius cuiuslibet, non quidem ciuiliter, quia nec obligari extraneo ciuiliter, nec sibi extraneum obligare similiter potest, sed naturaliter tantùm *l. serui 14. l. obligari 43. infr. de obligat. & action.* nec tam inspecto iure ciuili quàm facto ipso ex quo potissimùm naturalis obligatio æstimanda est *l. nec seruus 41. infrà*: nam cùm serui capaces sint eorum omnium, quæ sunt facti & naturæ tanquam qui iure naturæ à reliquis hominibus in nullo differant *l. quod attinet 32. de regulis iuris*, nec proinde ea quæ facti sunt, transeant à seruo in dominum, vt proximè scripsimus ex *l. qui heredi 45. infrà, de condict. & demonstrat.* consequens etiam est, vt naturalis obligatio, quæ tota ex facto & naturalis æquitatis vinculo æstimãda est *d. l. nec seruus iunct. l. Stichum 95. §. naturalis de solut.* possit in serui quoq; persona consistere, nec per seruum acquiratur domino, vt malè vir doctissimus Iacobus Cuiacius credidit, & nos docuimus latiùs ad *l. frater à fratre 38. suprà de condict. indebit.* Alioqui nec seruus domino quicquam debere naturaliter posset, quia potestate confusionis quæ natam quoque ciuilem obligationem solet extinguere *dict. l. Stichum §. aditio l. debitori 50. de fideiussor.* impediretur natiuitas obligationis naturalis, ne eodem instanti dominus & debitor & creditor sui ipsius constitueretur, nec quod in rem domini seruus impenderit, facere potest, vt eo minùs obligetur seruo dominus sicuti extraneo agente de peculio in eam actionem veniret etiam id, quod in rem domini versum esset *l. filiusfamilias 19. infrà de in rem verso*, sed in hoc differt obligatio naturalis qua dominus ex causa peculiari erga seruum suum proprium obstringitur ab ea, quæ inter seruum & extraneum quemlibet contraheretur, quod suam obligationem naturalem tollere dominus potest nuda sua voluntate, si nolit ipse manere serui debitor non etiam extraneus, vt sequitur in hoc §. Etsi enim dici solet neminem posse facto suo suam obligationem tollere inuito creditore *l. si seruum 91. §. nunc videamus infrà, de verborum obligat.* ad hanc domini erga seruum suum obligationem naturalem non pertinet, quæ tam infirma est, vt inuitum dominum non possit constringere: nimirum quia hæc quoque obligatio

peculiaris est, & cùm totum peculium seruo adimere dominus possit, vt tam sæpe diximus, quidni & hanc quoque obligationem tanquam partem peculij, *argument. l. iuris gentium 7. §. adeò*, in illis verbis, *nam si potest tota res tolli, cur non & reformari? supr. de pact. l. alumna 30. §. qui filias de admin. legat. tunct. l. non debet cui 21. de regul. iur.* idem est si debitorem serui dominus conuenerit, & ab eo aliquid exegerit: nam & quod exegerit in peculio serui computabitur, quia licèt id seruus ipse exigere non potuerit, qui nec agere potuit, ex eius tamen si non persona quæ iure ciuili nulla esse intelligitur *d. l. quod attinet*, saltem contractu egit dominus & ex obligatione illa ciuili, quę ex quolibet iusto contractu serui acquiritur domino. Seruus si quidem licèt obligari ciuiliter etiam extraneis cum quibus contrahit, non magis possit quàm ipsi domino, eos tamen domino suo ciuiliter obligat: & consequenter in vicem pecuniæ quam ex peculio dedit, ad ciuilem illam obligationem comparandam, quæ actionem peperit, æquum est id, quod per actionem illam exactum fuit, quodammodo substitui, & eidem peculio adscribi. Itaque ratio dubitandi hac parte illa fuit, quòd dominus non ex serui persona quicquam exegerit, sed ex sua propria, & ex ciuili obligatione, quæ serui nec fuit vnquam, nec esse potuit: sed decidendi illa est, quod obligatio illa ciuilis ex contractu serui descenderit, & ex ea re quæ in peculio ac veluti patrimonio serui fuerat.

a *Quare etsi fortè.* RAT. DVB. In emptione serui quem ex peculiaribus nummis seruus comparauit, non plus impensum fuit, quàm quanti precium formale serui fuit. Ergo si ex ea emptione dominus euicto seruo, qui empt⁹ fuerat duplũ cõsecutus sit, fortè ex interposita duplæ stipulatione, solũ simplum computari debet in peculio, non duplum.

DEC. Quemadmodum seruus emptus ex peculio fuit peculiaris tanquam substitutus & subrogatus in locum nummorum qui peculiares fuerunt, ita & euicto seruo quicquid ex ea causa dominus consecutus est, id est, duplum totum eiusdem iuris & peculij censeri debet, tanquam subrogatum in vicem serui, qui ante euictionem peculiaris erat, & tanquam ex ipsius serui contractu, & stipulatione acquisitum. Exemplo eius quod dicimus, si seruus æstimatus in dotem datus sit, & postea euictus ob cuius euictionem maritus duplum consecutus sit, cogendum esse maritum actione de dote soluto matrimonio, non simplum duntaxat, sed totum duplum mulieri reddere, quia maritus occasione dotis duplum illud consecutus sit, & sufficiat indemnem eum seruari, non etiam ea re mulieris lucrum facere *l. quoties 16. infrà, de iur. dot.* Eadem enim iuris ratio, & proportio seruanda est inter dominum & seruum, cùm tractatur de peculio, quæ seruaretur inter extraneos de patrimoniis suis contrahentes, postquàm placuit peculium serui sic esse inspiciendum quasi verum liberi hominis patrimonium *d. l. peculium 39. & l. quoties 47. §. vlt. infr. hoc tit.* & consequẽter seruum ipsum tanquam liberum hominem, & patremfamilias, quod ad causam peculij attinet, nisi quod in potestate domini est, sicuti peculium totum seruo adimere: ita facere nuda voluntate, de qua tamen constet, vt in peculio non sit, quod alioquin esse deberet, vt Vlpianus hîc subiungit, & in *l. si peculium 6. §. 1. in fin. de pecul. legat.*

7 ¶ Sed & si quid ei conseruus debet, erit peculij: si modò ille habeat peculium, vel prout habebit.

Ad §. vlt. Sed & si quid ei.

RAT. DVB. Quod seruus debet conseruo suo in eiusdem domini potestate constituto, ipsi domino deberi intelligitur *l. sed etsi 9. §. huic definitioni, l. si seruus 17. infr. hoc titul. l. denique 8. §. qui Stichum infr. de pecul. legat.* ergo non potest videri esse in peculio serui creditoris, sed in separato patrimonio domini.

DEC. Quod seruo debet conseruus domino quidem deberi intelligitur, vt ex peculio debitoris deducatur, si modò ille peculium habuit, aut habebit, eo scilicet iure quo peculium inspicitur, tanquam quod verè sit in patrimonio domini, sed non eo minùs auget peculium serui creditoris, quatenus in eo peculio seruus habetur pro patrefamilias: obligatio enim naturalis inter conseruos contrahitur, quomodo inter seruum & dominum, sed eius commodum totum acquiritur domino, quia effectum suum exercere non potest in vtilitatem serui, id est, quantum ad deductionem retentionem, exceptionem & compensationem, qui præcipui effectus sunt naturalis obligationis, quia conseruus, quem ponimus conserui sui creditorem, neque à conseruo suo, neque à domino conueniri vnquam potest. Non aliis autem, quàm illis, qui ipsi conueniuntur, prodesse effectus vllus naturalis obligationis potest, vt diximus ad *l. frater à fratre 38. suprà, de condict. indeb.*

8. PAVLVS libro 4. ad Sabinum.

NOn statim, quod dominus voluit ex re sua peculij esse, peculium fecit: sed si tradidit: aut, cùm apud eum esset, pro tradito habuit. desiderat enim res naturalem dationem. Contrà autem, simul atque noluit [a], peculium serui desinit peculium esse.

Ad l. Non statim 8.

RAT. DVB. Peculium pẽdet ex sola domini constitutione, id est, ex domini peculium constituentis voluntate *l. prox. §. pupillum supr.* Cuius enim potest interesse alterius, quàm domini? Ergo statim atque voluit dominus aliquid ex re sua esse peculij dicendum est, factam esse rẽ illam peculiarẽ: id enim est, quod vulgo iactari solet, vnumquemque rei suæ moderatorẽ esse, & arbitrum *l. in re mãdata 21. C. mãdat.*

dat. Nec quicquam esse tam conueniens naturali æquitati, quàm vt voluntas domini rem suam in alium transferre volentis rata habeatur *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir rer. domin.*

Dec. Quemadmodum cùm agitur de vera translatione dominij, non sufficit voluntas transferendi dominij, si non interueniat traditio *d. §. hæ quoque res,* aut actus aliquis traditioni æquipollens, vt in §. *interdum ead. leg. § per traditionem & seq. instit. de rer. diuis. l. traditio 20. de acquir. rer domin. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Ita & cùm agitur de constituendo peculio, vt dominium rerum peculiarium, quæ fuerant in puro dominio & patrimonio domini transeant in seruum, fiántque quasi proprium eius patrimonium traditionem similem interuenire, necesse est, vt fictio veritati respondeat *l. confeßionibus 13. & l. sequ. in fin. supr. de interrog. in iur. fac.* ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. Contra *l. si is qui pro emptore 15. de vsucap. l. filio 23. de liber. & posthum.* Quod ergo dicimus peculium pendere ex constitutione & constitutione ex constituentis voluntate, in sensu quidem negatiuo verum est, vt nihil ab initio fieri possit peculij, quod non constituerit, & voluerit dominus [ex postfacto enim augeri peculium etiam ignoràte domino nihil prohibet *l. non solùm 49. infr.*] sed non similiter in sensu affirmatiuo: quasi sola voluntas domini faciat peculium citra vllam traditionem: prius verum, ac posterius falsum est: quamquam nec augeri peculium ex postfacto potest, solis verbis aut nuda voluntate, sed re ipsa *l. peculij 4. §. 1. supr.* & cum dicimus posse augeri etiam domino ignorante, ita semper intelligimus, vt tamẽ re ipsa augeatur, traditio igitur ab initio necessaria est, aut aliquid aliud quod æquipolleat traditioni, putà si res quam dominus peculiarem facere vult, iam sit penes seruum, vt nec ei tradi ampliùs, sed tantùm pro tradita haberi possit: sufficit enim ficta traditio cùm possessio iam est, penes eum cui peculium constituitur, vt & in *d. §. interdum:* desiderat enim res naturalem dationem, vt Paulus hîc loquitur, id est, veram & realem traditionem.

a *Contrà autem simul atque noluit.* Rat. dvb. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est vulgata iuris regula *35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* atqui peculium non constituitur nuda voluntate, sed vera & naturali traditione, aut saltẽ quasi traditione, vt modò diximus: ergo vt peculiũ desinat esse peculiũ nõ potest nuda volũtas sufficere, sed retrotraditione opus est, *arg. l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. C. quã. liceat ab empt. disced.*

Dec. Peculium quod per constitutionem & traditionem, aut quasi traditionem factum est velut proprium serui patrimonium, reuera manet in dominio & patrimonio domini, nec nisi conniuentibus domini oculis penes seruum iure peculij ac patrimónij esse intelligitur, *l. 4. §. 1. infr. de manumiss.* potest ergo dominus vel vno nutu oculi, quo significet nolle se ampliùs conniuere, peculium adimere, & quamuis res peculiares adhuc penes seruum maneant, efficere tamen vt desinant esse peculiares: frustráque retrotraditio requireretur ad transferendum in dominum à seruo dominium, quód seruus nunquam habuisset, nec habere potuisset. Alia ratio est dominij reuera translati per traditionem in extraneũ, qui capax sit eius retinendi, donec retrotraditio sequatur: sunt enim legitimi quidam modi transferendi dominij, inter quos traditio est, nuda domini voluntas non est, quæ nec sufficit ad simplicem dominij amissionem *l. si quis vi 17. §. differentia de acquir. poss.*

9. Vlpianvs libro 29. ad Edictum.

Sed si damnum seruo dominus dederit, in peculium hoc non imputabitur; non magis, quàm si subripuerit.

Ad l. Sed si damnum 9.

Rat. dvb. Quod dominus seruo suo peculium habenti debet, auget peculium & peculio computatur *l. quam Tuberonis 7. §. pen. supr.* atqui is qui damnum dat, aut etiam subripit aliquid, fit ex ea causa debitor illius cui damnum dat & subripit, etiamsi seruo damnum datum, vel furtum factũ sit *d. l. quã Tuberonis 7. §. sed etsi quid furti supr.* ergo ipso etiam domino damnum dante in rebus peculiaribus aut subripiente aliquid seruo suo, dicendum est in peculium imputari id debere, vt ex improbitate domini peculium si non augebitur, saltem nec minuatur: nè alioqui malitiis indulgere videamur *l. in fundo 38. suprà de rei vind.* & permittere domino, vt re sua abutatur, contrà quàm scriptum sit in *§. vlt. inst. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

Dec. Damnum dictum est ab adimendo, id est, ab ademptione & quasi diminutione patrimonij *l. 3. infr. de damn. infect.* quid verò potest adimere dominus seruo, qui nihil habet, nec habere potest, nisi quod conniuentibus oculis eum habere dominus patiatur, & cui totum etiam peculium adimere vno nutu dominus possit: neque igitur damnum dare seruo videri dominus potest, sed re sua vti potiùs, non abuti, nisi eo modo quo si seruum nullum haberet, quo casu factum ipsius esset inculpatum, si verò rem aliquam peculiarem dominus seruo subripuerit, multo minùs debitor eius fieri ex ea causa potest tanquam ex causa furti: cùm absurdum sit credere, furtum à domino fieri seruo posse. Quid enim aliud est furtum, quàm contrectatio rei alienæ & interuersio possessionis? *l. 1. §. vlt. de furt.* atqui nihil habere seruus potest, ne quidẽ ex peculiari causa quod non sit domini, nec rursus possessio ipsa rerum peculiarium ad seruum pertinere potest, cùm nihil possit ipse possidere vera possessione & ciuili, quæ licèt facti sit, plurimum tamen ex iure mutuatur *l. possessio 49. in princ. & §. 1. de acquir. poss.* cuius omnino incapaces sunt serui, sed naturali tantùm & actuali possessione, quæ nihil nisi asinina detentatio est, nec actionem furti parere seruo vnquam potest, *l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt, & §. hæc quoque stipulatio infr. de verb. oblig.* imò quod magis est, filiusfamilias ipse qui quoniam liber est, & habet caput in ciuitate, plus iuris habet in omnibus ferè, quàm seruus, neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur, sed pater potiùs per filiũ

l. filiusfamilias 93. de regul. iur. quis verò rei suæ, & à seipso solo possessæ furtum facere possit? Denique subripere verbum facti est furtum facere verbum iuris: quisquis furtum facit etiam subripit, sed non è contrario quisquis subripit, etiam furtum facit, dominus seruo subripere aliquid potest, at furtum facere non potest, nec si maximè velit.

1 ¶ Planè si conseruus dedit damnum, vel subripuit, in peculium videtur haberi, & ita Pomponius libro vndecimo scribit. nam & si quid dominus [a] ab eo, qui rem peculiarem subripuit, vel consecutus est, vel consequi potest: in peculium esse ei imputandum, Neratius libro secundo Responsorum scribit.

Ad §. 1. Planè si conseruus.

RAT. DVB. Non magis à conseruo, quàm à domino suo damnum pati potest seruus, qui nihil habet quòd ei possit adimi, si damnum ab ademptione dictum est, vt proximè diximus ex *l. 3. infr. de damn. infect.*

DEC. Habet seruus peculium suum à domino veluti proprium quoddam suũ patrimonium quod ei adimi à domino quidem potest ad nutum & arbitrium domini, siue in totum, siue ex parte, & siue per apertam ademptionem, siue damno dato: sed à conseruo non potest, quia in conserui potestate non est peculium, aut quicquam ex peculio adimere cõseruo non magis quàm in potestate extranei, nec à domino ipso factum videri potest, quod à seruo factũ est, per iniuriam conseruo illatam, & quæ ipsius etiam domini damnum & incommodũ respicit: quod ergo conseruus conseruo damnum dedit, vel subripuit, in peculio nihilominus computari dicendum est, perinde atque si ab extraneo damnum datum & furtum factum esset. Nam quod ab extraneo dominus reposceret per actionem furti aut legis Aquiliæ, vt mox dicemus, id à conseruo reposcere potest iure dominicæ potestatis conueniendo eum domi, vt loquitur *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.*

a *Nam & si quid dominus.* RAT. DVB. Quod dominus ab eo consecutus est, vel consequi potest, qui rem peculiarem subripuit, ad vtilitatem ipsius domini pertinet, non autem serui, cui subreptum est: perinde igitur haberi debet, ac si eatenus peculium ipse dominus ademisset: adimit enim qui suum facit, quantum potest, quod priùs fuerat alterius.

DEC. Non adimit peculium dominus, sed confirmat potiùs, qui iniuriam peculio factam vindicat, & quod ex peculio per iniuriam subtractum est reposcit, siue actione furti, siue qua alia *l. quam Tuberonis 7. §. sed & si quid furti supr.* & cùm actio illa sit peculiaris, tanquam acquisita domino ex causa peculij, consequens est, vt id quoque quod per eam actionem reposcitur, peculiare sit, & maneat, quale fuit antea, vt diximus ad *d. §. sed & si quid.*

2 ¶ PEculium autem deducto, quod domino debetur, computandum esse: quia præuenisse dominus, & cum seruo suo egisse creditur.

Ad §. 2. Peculium autem.

RAT. DVB. Cum seruo agere nemo potest ne quidem extraneus *l. cum seruo 107. de regul. iur.* ergo fieri nequit, vt seruus cum domino egisse prior & præuenisse credatur: quomodo enim factum fingi posset, quod re vera fieri nullo modo potest? debent siquidem fictiones respondere veritati *l. confessionibus 13. & l. sequ. §. 1. supr. de interrog. in iur. fac.* & semper supponendi sunt termini habiles *l. tutor 35. §. 1. supr. de iureiur. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.* nõ ergo bona ratio est, quam adfert hîc Vlpianus vt probet, peculium computandum esse deducto eo quod domino debetur, præsertim cùm absurdum videatur dicere, seruo deberi aliquid à domino & contrahi obligationem aliquam etiam naturalem inter dominum & seruum, obstante scilicet iure dominicæ potestatis. Nam nec obligatio naturalis contrahi potest, nisi inter diuersas personas, vt alius sit debitor, alius creditor. Seruus autem personam nullam habet, qui nec caput vllum habere intelligitur *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de capit. minut.*

DEC. Quod dominus non potest agere, & iudicio experiri cum seruo, facere debet, vt eo magis præuenisse, & cum eo egisse credendus sit, ne alioquin noceret ei quod agere non potuerit, cùm tamen non possit imputari ei, cur non egerit *l. si quid possessor. 31. §. pen. supr. de hered. petit.* & quemadmodum dicimus aliquando debere tutorem aduersus seipsum plus præstare pupillo suo, quàm aduersus extraneũ, quia aduersus alios experiri sine actione non potuit *l. si pupillus 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. tutores in princ. de administr. & peric. tutor.* aduersus seipsum autem potuit *l. quoties 9. §. & generaliter eod. tit.* quamuis non minùs impossibile sit per rerum naturam, vt quis cum seipso agat, quàm vt sine actione cum alio *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* ita & ei qui agere non potuit ob hoc ipsum interdum succurri debet, quòd non egerit, vt quasi egisse videatur, quoties tale quid est, vt credi debeat acturũ eum fuisse tanquam prudentem & diligentem patremfamilias, si agere potuisset: eáque causa est, propter quam nullum priuilegiũ præponi potest patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui conueniuntur *l. ex facto 52. infr. hoc tit.* sicut & in liberto dicimus, nullũ posse antiquiorẽ cõtractũ esse quàm operarũ, sine quo libertas ei data non esset *l. in liberto 77. infr. de solut.* quasi & cũ pater filio vel dominus seruo dat peculium, ea quodámodo lege dare videatur, vt si quandoque debebit aliquid filius patri vel seruus domino, totum id ante omnia ex peculio deducatur: in traditionibus enim rerũ quodcunq; pactum sit, id valere certum est *l. in traditionib. 48. sup. de pact.* quid aũt refert, an expressũ pactũ interuenerit an tacitũ: præsertim inter eos inter quod nec expressum fieri potuisset *l. 3. supr. de reb. credi.* nec semel accidit, vt extra id quoq;, quod agitur tacita obligatio aliqua nascatur *l. is qui commodatum 13. supr. commod. l. vlt. de furt. iunct. §. præterea ver. nam vt ele-*

vt eleganter infr. vbi alia etiam ratio redditur, quòd non sit verisimile patrem vel dominum id etiam filio vel seruo concedere in peculium, habere quod sibi debetur. Quò etiam pertinet quod scriptum est *in l. si noxali 11. §. denique inf.* nō esse in peculio id quod domino debetur. Nec habēt cæteri creditores, quod conquerantur, cùm nec habituri fuerint contra patrem vel dominum actionem de peculio, si non ea veluti lege peculium ab initio concessum fuisset, quomodo & de iis creditoribus solemus dicere, qui licèt anteriores tempore in conuentione pignoris, postponuntur tamen ei qui saluam ipsis fecit pignoris causam *l. interdum 5. infr. qui potior. in pignor. hab. & l. licet 7. C. eod.* nec quod seruus in potestate domini sit, nullámq; personam iure ciuili habere intelligatur, facere potest, quomin⁹ obligatio naturalis inter seruum & dominum contrahatur, quippe quæ ex facto ipso æstimanda sit & ex æquitate iuris naturalis *l. nec seruus 41. infr. hoc tit.* iure namque naturali inspecto nulla differētia est inter liberos homines & seruos *l. quod attinet 32. de reg. iur.* dicitur tamen hoc priuilegium domini, vt in eo quod sibi à seruo suo debetur cæteris omnibus creditoribus præferatur *d. l. ex facto 52. infr. l. 1. supr. de tribut. act.* & priuilegium deductionis in *l. 5. §. sed est quæsitum 7. eod. titul.* quia non tam ex conuētione aut ex lege à domino expressim dicta, quàm ex mera iuris potestate, peculij concessionem ita interpretantis proficiscitur: intellige tamē hæc omnia si pater aut domin⁹ dolo careāt, quādoquidē etiāsi per dolū ademerint peculiū vel imminuerint, perinde tamē tenētur, ac si neq; ademissēt, neq; imminuissēt, vt scriptū est in *§. prætereà infr.*

3 ¶ Huic definitioni Seruius adiecit, & si quid his debeatur, qui sunt in eius potestate: quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit.

Ad §. 3. Huic definitioni.

Rat. Dvb. Obligatio naturalis cùm sit meri facti, non potest per seruum acquiri domino, sed consistit in persona serui etiam cùm dominus ipse est obligatus seruo *l. nec seruus 41. infr. hoc tit.* alioqui non possēt naturaliter obligari dominus seruo, nec seruus domino, si ita ius essēt vt naturalis quoque obligatio per seruum domino acquireretur, quia potestas confusionis eo casu impediret natiuitatem obligationis, vt sæpiùs iam suprà diximus & latiùs ad *l. frater à fratre 38. supr. de co dict. indeb.* ergo quod seruo peculium habenti debet conseruus, qui in eiusdem domini potestate est, non debet ex peculio deduci, tanquam quod ipsi domino debeatur. Et hoc sanè §. maximè abutuntur, qui cum Cuiacio defendunt naturalem obligationem acquiri patri per filium, & domino per seruum, non minùs quàm ciuilem, ex generali regula *l. placet 29. infr. de acquir. hered.*

Dec. Aliud est tractare de obligatione naturali filij vel serui, aliud verò de eo, quod ex naturali illa obligatione debetur filiofamilias, aut seruo: naturalis obligatio illa consistit in persona filijfamilias vel serui, quia tota facti est, vt diximus ad *§. prox.* quæ autem facti sunt, non transeunt ad patrem vel dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* sed quod ex obligatione illa naturali debetur, cùm non possit dici debitum, nisi in ordine ad acquisitionem, & ad solutionem, sicut & quod debetur ciuiliter, vt constat ex definitione obligationis apud Iustin. *titu. de obligat. & ex l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* domino deberi dicitur & patri non seruo, aut filiofamilias, inspecto scilicet effectu magis quàm iure ipso obligationis, quoniam nihil solui potest seruo ex quacunque obligatione, quod non statim acquiratur domino etiam inuito *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruo inuito 62. de verb. obligat.* nihil filiofamilias, quod non statim acquiratur patri volenti sibi acquiri: meritò igitur Seruius ad Neratij definitionem adiecit, etiam id quod debetur iis qui in eiusdem domini potestate sunt, deducendum esse de peculio, quia id quoque domino debeatur, quia si inter conseruos actio aliqua esse posset, aut inter dominum & seruum ex persona & contractu alterius conserui, is rei gerendæ ordo esse deberet, vt seruum debitorem conseruo suo condemnari primùm oporteret, deinde soluere, quo casu quod solutū esset conseruo, aut etiā domino ex contractu & persona conserui, haud dubiè domino acquireretur nō min⁹ quā si ipsi domino debitū, & solutū fuisset.

4 ¶ Prætereà id etiam deducetur, quod his personis debetur, quæ sunt in tutela, vel cura domini, vel patris: vel quorum negotia administrant, dummodo dolo careant[a], quoniam & si per dolum peculium vel ademerint, vel imminuerint: tenentur. nam si semper præuenire dominus, & agere videtur: cur non dicatur, etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelæ, vel negotiorum gestorum, vel vtili actione tenebitur? nam, vt eleganter Pedius ait. ideo hoc minùs in peculio est, quod domino, vel patri debetur: quoniam non est verisimile, dominum id concedere seruo in peculium habere, quod sibi debetur, sanè cùm ex cæteris causis ipsum à semetipso exegisse dicimus, qui negotia, vel tutelam geret: cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? defendēdum igitur erit, quasi sibi eum soluere, cùm quis agere de peculio conabitur.

Ad §. 4. Prætereà.

Rat. dvb. Quod debetur his personis, quæ sunt in tutela vel cura patris vel domini non potest videri debitum patri, aut domino: alia enim ratio est eorum, qui sunt in patria vel dominica potestate,

per quos quicquid acquiritur, vt modò dicebamus, patri ipsi dominóve acquiritur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio consistat in persona filijfamilias vel serui *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si à parent. quis manum. sit.* At non similiter per eos, qui in potestate tutoris vel curatoris sint, quicquam acquiritur tutori aut curatori, quin è contrario per tutorem & curatorem acquiritur penè ex omnib causis eis, qui in tutela vel cura sunt *tot. tit. quand. ex fact. tutor. vel curat.* est quidem tutoria potestas vicaria, quodammodo patriæ potestatis, sed alienæ, id est, defuncti patris pupilli non ipsius tutoris, vt scripsimus in iurisprudentia nostra ad *tit. de tutel.* ergo non quemadmodum quod ipsi domino debetur, aut iis qui sunt in patria vel dominica potestate deducendũ est ex peculio quoties pater vel dominus de peculio conueniũtur, ita & deduci debet quod iis debetur, qui in tutela vel cura sunt, multoque minùs quod debetur iis, quorum negotia pater vel dominus administrant: cùm administratio tutoris vel curatoris sit necessaria, officium autem negotiorum gestoris merè voluntarium *l. tutori 20. C. de negot. gest.*

Dec. Quemadmodum pater vel dominus semper præuenisse & cum filio vel seruo suo ante omnes egisse creditur, vt proximè diximus, ita & eum seipso egisse credendus est, eorum omnium nomine pro quibus tutelæ vel negotiorum gestorum actione siue directa, siue vtili conueniri possit: imputatur enim tutoribus vel curatoribus, cur cõtra seipsos nõ egerint illo etiam casu quo actionem nullam aduersus seipsos habuissent: aduersus alios enim agere sine actione non potuerunt *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. si quid possessor 31. §. pen. de petit. hered.* aduersus seipsos potuerunt *l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* porrò sicut ex cæteris causis tutorem vel curatorem à seipso exegisse dicimus, quia exigere debuit, cur non etiam in specie peculiari dicamus exegisse eum à filio vel seruo primùm, deinde à seipso quod exigere debuit: defendendum igitur erit, siue patrem, siue dominum quasi tùm sibi soluere ex peculio quod illis debetur, qui in tutela vel cura sunt, vel quorum negotia administrarunt, cùm incipiunt de peculio conueniri: egisse quidem ante videntur, sed non tam citò soluisse: nam & inter eos inter quos actio & exactio locum habet, actio semper præcedit exactionem & solutionem: cùm ergo deducit pater vel dominus in actione de peculio id quod sibi vel iis, quos habet in potestate vel quorum negotia gerit ex officio, siue necessario, siue voluntario debetur, non tunc soluere intelligitur, aut sibi aut negotiorum dominis, cùm deducit, quasi deductio solutionis vim habeat, sed deducit quasi iam solutum eo tempore quo cœpit de peculio conueniri, vt nec vllus quæstioni locus relinqui videatur, an soluendũm amplius sit, quod iam solutum fuerit, aut saltem pro soluto habendum, adeò vt solus quoque agendi de peculio conatus sufficere hic debeat quomodo Vlpianus scribit in huius §. postremis verbis.

a *Dummodo dolo careant.* Rat. dub. Non facit dolo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. infr. de action. empt.* iuris enim executio non habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* atqui iure suo vtitur pater vel dominus, cùm deducit ex peculio, id quod sibi à filiofamilias vel à seruo debetur, aut iis quos habet in potestate, aut quorum negotia tanquam tutor vel curator, vel negotiorũ gestor administrat, quia non est verisimile patrem vel dominum id concedere filium vel seruum in peculium habere, quod sibi & aliis huiusmodi personis debeatur: non ergo potuit aut debuit exceptio ista hîc adiici.

Dec. Hæc deductio quæ ex peculio fit à patre, vel à domino, si non ademptio, certè diminutio aliqua peculij est, ac proinde ademptio ex parte: nam quod imminuitur ex parte adimitur, sicut & quod deterius fit ex parte perit, *l. 3. supr. de condict. tritic. l. 3. §. 1. commod.* atqui neque adimere, neque diminuere peculium dolo malo pater vel dominus potest, quin hoc ipso teneatur, de peculio saltem intra annum ac si neque ademisset, neque diminuisset *l. summa cũ ratione 21. infr. hoc titul. l. filiusfamilias 19. infr. de in rem vers.* ergò bona & necessaria hæc exceptio est, ne dolus patris vel domini noceat creditoribus qui bona fide cum filiofamilias vel seruo contraxerunt intuitu eius peculium tanquam proprium ipsius patrimonium *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarum 27. §. vlt. inf.* deniq; dolus impunitus remanere nũquã debet, ne tũ quidem cum ei soli nocuit, qui dolum admisit *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* multò minùs si alij cui nihil imputare possis nociturus sit.

5 ¶ Sed & creditor serui qui hæres extitit domino ejus, deducit de peculio, quod sibi debetur, si conueniatur: siue libertatẽ seruus acceperit, siue non. idémque & si legatus sit purè seruus. nam quasi præuenerit, & ipse secum egerit: sic deducet, quod sibi debetur, nullo momento dominium in manumisso, vel legato purè habuerit. & ita Iulianus libro duodecimo scribit. certè si sub conditione[a] seruus libertatem acceperit, minùs dubitanter Iulianus eodem loco scribit, hæredem deducere. dominus enim factus est. ad defensionem sententiæ suæ Iulianus[b] etiam illud adfert: quod si ei, qui post mortem serui, vel filij intra annum potuit conueniri de peculio: heres exstitero: proculdubio deducam, quod mihi debetur.

Ad §. 5. Sed & creditor.

Rat. dub. Creditor serui directa libertate donati à domino suo etiamsi domino heres extiterit, nunquam tamen cum eo egisse, aut sibi ex peculio soluisse videri potest, cùm eius dominium nũquam habuerit. Cõpetit. n. directa libertas seruo tam citò quã heres institutus fit heres, per aditionẽ & eo ipso instãti quo aditur hereditas, ita vt seru⁹ fact⁹ liber nõ alium patronum & manumissorẽ, quã defunctum ipsum habere intelligatur, vnde & Orcinus appellatur *l. 3. §. planè si fortè de legit. tutor. l. si socius 48. de manum.*

manum. testam. id est nullius *l. 4. in princip. infr. de bon. libert. l. legatum* 80. *de legat.* 2. Ergo nec potest videri creditor, hic licèt domino heres extiterit, tùm sibi soluere, quod sibi seruus debuit, cùm incipit de peculio conueniri, vt scriptum est in fine §. præcedentis. Prius enim est, vt cum seipso egisse quàm vt sibi soluisse videatur: cùm non magis possint ista fingi facta esse, quàm fieri vno eodémque instanti. Eadémque dubitandi ratio est in ea specie, quæ mox subiungitur, si seruus debitor alicui sit legatus purè. Nam neque hoc casu dominium serui vllo momento mansit penes hunc creditorem: quod Vlpianus exprimit iis verbis, *licèt nullo momento dominium in manumisso vel legato purè habuerit dict. leg. legatum.*

Dec. Non quidem verè præuenisse & cum seruo egisse videri potest, creditor hic qui serui dominus numquam fuit, sed tamen quasi præuenisse & quasi cum seruo egisse intelligendus est, vt perinde possit deducere, quod sibi ab eo seruo debetur, tanquam qui licèt dominus serui huius numquam factus sit, in domini tamen ius & locum successerit, ideóque eodem iure censendus sit, quo esset, si seruus hic neque testamento manumissus: neque purè legatus fuisset, est enim legatum delibatio hereditatis qua testator alicui collatum, quid velit, ex eo quod alioquin vniuersum heredis foret *l. legatum est* 116. *in princip. de leg.* 1. Nec quod seruus manumissus aut purè legatus nullo momento fuerit in dominio huius creditoris eiusdémque heredis, damno adficere debet creditorem, eundémque heredem cui nihil imputari potest, & qui diligenter sibi prospexerat ab initio contrahendo cum seruo habente peculium, & ex cuius contractu obligauerat sibi dominum de peculio *argum. l. 3. infr. de separat* nisi fortè quis imputare ei velit, cur domini quem seruus debitorem fecerat hereditatem adierit, atque ita se sui ipsius debitorem fecerit, cùm esset anteà creditor, & per consequens facto suo confusione obligationem extinxerit, quod tamen esset ridiculum: quid enim addere potest aditio, nisi vt qui antea neque dominus erat neque debitor, sed tantùm creditor fiat dominus? Heredem enim qui dicit, vtique dicit dominum §. *vltim. Institut. de hered. qualit. & differ.* Atqui si creditor hic per aditionem potuisset etiam serui huius fieri dominus, tanto magis ob hoc ipsum præuenisse & cum eo egisse crederetur: non ergo debet ei nocere, quod non est, & quod si esset, prodesse ei potiùs deberet, neque rursus quod per aditionem hereditatis domini quem habebat debitorem actione de peculio, factus sit ipse sui ipsius debitor potest parere confusionem ad extinguendam obligationem naturalem, quæ nec tùm extinguitur, cùm idem est debitor ex persona serui, tanquam ipsius dominus, & eiusdem creditor quominus saluam habeat deductionem eius quod sibi debetur ex peculio, si ab alio incipiat conueniri: nam neque alijs casibus confusio quæ per aditionem hereditatis contingit impedire solet deductionem & retentionem *l. imponenda* 6. *l. irritum* 8. *C ad leg. Falcid. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio vers. aliquando infr. de solut.* Denique non potest maior esse confusionis potestas in persona huius creditoris qui adeundo hereditatem domini numquam tamen dominus serui factus est, quàm si cum hereditate dominium quoque serui acquisiuisset. Quo casu prodesset ei, vt diximus, non noceret quod dominus serui debitoris factus fuisset, nec deterior eius conditio fieri ob id solùm potest quod ex postfacto dominus serui factus sit, quàm si iam inde ab initio seruus hic cùm contrahebat, dominum eum habuisset.

a *Certè si sub conditione* Rat. Dub. Cùm seruus hic debitor accepit libertatem, aut legatus est sub condicione, quæ posteà quandocunque extitit, perinde haberi debet, ac si ab initio purè data ei libertas aut purè legatus ipse fuisset. Existens enim quandocunque conditio facit puram dispositionem, quæ anteà fuerat conditionalis *l. vlt. §. 1. de vulg. & pupill. subst. l. potior* 11 *qui potior. in pignor. hab. l. is cui via* 1..§. 1. *supr quemad. seruit. amitt. l. & post litem* 12. §. 1. *famil. ercisc.* Ergo non habet hic casus minorem dubitationem, quàm superior, nec debuit Iulianus casum hunc datæ sub conditione libertatis aut legati serui ab eo casu distinguere, quo seruus purè legatus fuerit, aut purè libertatem acceperit. Dec. Seruus sub condicione legatus aut qui non nisi condicionalem libertatem meruit, interim heredis est, & quidem pleno iure *d. l. & post §. vlt. l. generaliter* 29. § 1. *infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Atqui in superioribus casibus purè datæ libertatis aut purè legati serui, tota dubitandi ratio ex eo pendebat, quod ne vno quidē momento dominium serui penes creditorem hūc fuisset, vt præuenisse & quasi cū eo seruo egisse censeretur, sicuti diximus. Ergo hic casus longè minorem habet dubitationē, cùm dominus aliquo tempore factus sit. Quo tempore præuenisse & cū seruo iā tùm suo egisse credendus est, quāuis illud quoq; verū sit existentē, quādocunq; condicionē legati facere. vt dominium rei legatæ quod interim fuit heredis nunquam ipsius fuisse videatur, sed cōtinuatū recta via à testatore in legatariū *d. l. is cui via* §. 1. vbi scripsimus & ad §. *res qua.* Sed hoc fit ex fictione & potestate iuris ne dominij translatio à testatore in legatariū impediatur per mediū ius mediámq; personam heredis *l. si ego* 9. § *si res infr. de iur. dot.* & ne interim liceat heredi, tāquā domino quicquā facere in re legata, in legatarij iniuriam *d. l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. manum.* Cæterùm inspecta rei veritate dominium rei sub condicione legatæ interim pleno iure est heredis.

b *Ad defensionē sententiæ suæ Iulianus.* Rat dub. eadem ferè est ad hunc versiculū, quæ ad superiores: nam & cùm ei qui post mortē filij vel serui sui intra annū potuit cōueniri de peculio heres extiti verum est, nunquam me fuisse dominū serui, nec cum eo egisse videri, qui iā tùm decesserat, cùm domino heres fui, & quāuis de filiofamilias obligato nō idē tractari possit, quod ad dominij causā pertinet quia cùm in patris sui dominio nunquā fuerit, multò minùs in meo esse potuit, idem tamē iuris est, quantū ad hoc vt cū eo egisse nunquā videri possim quia iā mortuus fuit antequàm ius vllum contra eū agendi habuerim. Nō ergo videor posse deducere in actione de peculio id quod mihi debetur, sed decidendi ratio fortior illa est, quòd quamuis post filijfam. vel serui mortē heres extiterim domino, qui adhuc intra annū potuit de peculio cōueniri, eadē actio de peculio, quæ cōtra ipsum cōpetebat, datur cōtra me iure hereditario, ac proinde queādmodū si dominus conuentus fuisset, aut pater post mortē filiifam. vel serui, æquè potuisset deducere quod sibi debitū fuisset, atque si viuo filio vel seruo etiam post annū fuisset cōuentus, (annalis siquidē actio de peculio censetur in cæteris omnib. eodē iure quo perpe-

tua, *l.2. & 3. infr. tit. prox.*) Ita ego quoque similiter deducere potero quod mihi debebitur. Quid enim refert, cùm heres sum & tanquam heres conueniorr actione de peculio, an deducam id quod mihi debetur, an verò id quod ipsi defuncto debitum fuit? Imò longè maior ratio est, vt possim deducere id quod mihi debetur. Cuius nomine etiam actionem de peculio habere possem alio herede existente *arg. leg. sequens quæstio 68. de legat. 2.* Est enim semper facilior deductio & retentio possidenti, quàm actio *l.1. infr. de pignor. l.1. §. is autem de superfic. l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur.* Nec debet creditor serui idémque heres domini deterioris ob id condicionis esse, quàm alius heres quilibet quòd sit etiam creditor ex propria persona, *arg. leg. 1. §. vlt. infr. si à parent. quis manum. sit*, cùm si esset creditor ex persona defuncti, & iure hereditario perinde deductionem hanc ex peculio facere posset. Nam etsi defunctus huic creditori soluisset, quod eius seruus debuisset, id ex peculio deducere vel dominus ipse vel alius ipsius heres quilibet actione de peculio conuentus potuisset *§. vlt. infr. hac lege.* Quod autem in hoc §. scriptum est de seruo debitore mortuo, idem accipe de seruo quoque manumisso: nam & manumissio morti hac parte æquiparatur *l. Iulianus 6. infr. qui & à quibus manum. leg. si mihi 92. de solut.* & post manumissionem serui æquè actio de peculio est annalis *d.l.1. infr. tit. prox.*

6 ¶ Siue autem ex contractu quid domino debeat, siue ex rationum reliquis: deducet dominus. Sed & si ex delicto ei debeat, [a] vtputà ob furtum, quod fecit: æquè deducetur. Sed est quæstionis [b] vtrùm ipsa furti æstimatio, id est, id solum, quod domino abest, an verò tantum quantum, si alienus seruus commisisset, id est, cùm furti pœnis. sed prior sententia verior est, vt ipsa furti æstimatio sola deducatur.

Ad §. 6. Siue autem ex contractu.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad superiores omnes huius tituli locos in quibus scriptum est, dominum conuentum actione de peculio posse ante cæteros omnes id deducere, quod sibi debetur, nisi quod cùm seruus ex contractu aliquo factus est domini debitor, imputari magis videtur posse domino, cur cum seruo suo contraxerit, quem sciebat, neque obligari ciuiliter, neque actione vlla conueniri posse, ita vt si quid ex ea causa damni patiatur, nec damnum pati vllum videatur ex regula *l. quod quis 203. de reg. iur.* Quanquam dici etiam illud potest, non minùs imputandum esse domino, cur citiùs à seruo rationes non exegerit, & reliquorum solutionem non vrserit, cùm iure dominicæ potestatis facere id quandoque potuerit, conueniendo seruum domi, vt loquitur *l. vlt. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat. iunct. l. filio 7. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat, l. 4. C. de obseq. patron. præst.* Sed absurdum esset dominum, qui concedendo peculium seruo facit eum capacem commercij, & inuitat cæteros ad contrahendum cum eo, interdicere sibiipsi hoc commercio, & deterioris condicionis esse quàm alios, quomodo esset, si non posset sibi obligare seruum naturaliter, nec haberet priuilegium deductionis pro actione, quàm extraneus quilibet creditor haberet contra eum ex contractu inito cum seruo: nisi priuilegium illud aliquo suo facto perdiderit, vt in *l. procuratoris 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. action.* Intellige tamen hunc locum de contractu quolibet, qui sit iuris gentium, cuiusmodi sunt ferè omnes, *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur. l. iuris gentium 7. in princip. de pact.* at non etiam de contractibus, qui sunt iuris ciuilis: cùm enim seruus pro nullo habeatur iure ciuili, non potest capax esse contractuum, qui sit iuris ciuilis, putà si vel à domino stipulari quid velit, vel stipulanti domino promittere, sed eorum tantùm qui sunt iuris gentium, *l. quod attinet 32. de regul. iur.* & quorum capaces remanent etiam illi qui ciuitatem totiúsque iuris ciuilis consortium amiserunt, *l. deportatus 15. inf. de interd. & releg.* Potest quidem seruus etiam stipulari, sed ex persona domini *Instit. de stipulat. seruor. & infr. eod. illo titul.* Ergo non à domino ad eum obligandum, multò minùs promittendo, vt se obliget domino, quemadmodum iam alio loco suprà docuimus.

a *Sed & si ex delicto ei debeat.* RAT. DVB. Cùm dominus peculium seruo concedit, nihil de futuro serui delicto cogitat: sed tantùm de bona eius administratione. In mandato enim quantumuis generali, nunquam dolus, nec fraus continetur *leg. si procuratori 6. §. Celsus ait supr. de condict. indeb. l. creditor 60. §. vlt. infr. mandat.* Ergo cùm nihil habeat commune causa peculij cum causa delicti, non debet ex peculio deduci quod seruus domino ex delicto debet putà ex furto. Præsertim cùm dominus seruum hunc qui furtum rei peculiaris aut alterius fecit, conuenire possit domi, vt loquitur *l. vlt. Cod. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat.* id est, flagris & verberibus cædere.

DEC. Quod ex delicto seruus domino debet, tantò magis debet, cùm præter spem & expectationem domini id fecerit. Eadémque ratio est huius quoque debiti deducendi atque si ex contractu debitum fuisset: quod enim dominus seruum conuenire domi & castigare potest, non facit, vt eò minùs ei res absit, quam furto seruus subtraxit. Non ergo aliter indemnitatem consequi potest, quàm si conuentus à cæteris creditoribus actione de peculio huius quoque deductionis priuilegio vtatur, tanquam quod tantò fauorabilius videri debeat, quantò grauior & indignior delicti causa est, ex qua debet seruus.

b *Sed est quæstionis.* RAT. DVB. Quisquis furtum fecit, is debitor ex delicto est, non tantùm eius rei, quam furto subripuit, vel æstimationis ipsius, sed etiam pœnæ legitimæ, dupli scilicet ex lege duodecim tabularum, si furtum nec manifestum fuit, aut quadrupli ex iure Prætorio, si manifestum. Ideóque duplex actio ex delicto, contra furem comparata est, condictio furtiua ad rei furtiuæ vel æstimationis persecutionem, & actio furti ad pœnam *leg. si pro fure 7. §. 1. & leg. seq. supr. de condict. furt.* Adeò autem duplex hoc debitum est, vt si is cui furtum factum est, actione vna egerit, & exegerit, non minùs alia rursum experiri

experiri possit *d. §. 1. & l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* quia in actionẽ pœnalem numquam venit ipsa res quæ furto subrepta est, nec æstimatio eius siue furti manifesti, siue nec manifesti agatur *l. qui vas 48. in princip. eod. tit.* Ergo si verũ est, vt est, quod proximè diximus, dominũ ius habere deducẽdi ex peculio etiã id quod seruus ex furto aliòve quolibet delicto debet, cõsequẽs est dicere nõ solũ ipsam furti æstimationem, hoc est, id solum quod domino abest, ex peculio deduci debere, sed tantùm etiam quantum si alienus seruus furtum commisisset, id est, cum furti pœnis: tanti enim dominus serui condemnaretur si mallet damnum decidere quàm seruum noxæ dedere. Semper enim excipienda est facultas dedendi noxæ ex *lege 12. tabul.* si id dominus malit *l. miles 6. §. 1. de re iudic. l. 1. & tot. tit. supr. de noxal. act.* Videtúrque hæc sententia iis consentanea, quæ diximus in præcedentibus, eo colore dominum conuentum actione de peculio posse ex eo deducere id, quod sibi debetur, quasi alios creditores præuenisse, & cum seruo suo prior egisse intelligatur *§. peculium autem & §. prætereà supr. hac lege.* Quid enim hoc aliud est, quàm videri dominum egisse cum seruo suo quemadmodum ex contractu habito cum seruo extraneo cõtra dominum agere de peculio potuisset, vt quia cum seruo suo agere non potuit, ea deductio sit ipsi vice actionis. DEC. Priuilegiũ deductionis datum est domino vt indẽnitatem duntaxat, non etiam vt lucrum consequatur. Est enim fauorabilis causa domini adeóq; fauorabilior quam cæterorum creditorum quatenus certat de damno vitando, nõ etiam quatenus lucrũ captere vult ex damno alieno, Quod & in alijs plerisque iuris partibus euenit *l. quoties 16. in fin. de iur. dot. l. 3. in princip. de vi & vi armat. l. vlt. §. sin verò creditores C. de iur. delib.* Atquin si dominus posset deducere ex peculio serui furis etiam pœnã quadrupli, consequeretur lucrum & quidem ex damno alieno. Haberet enim pœnam in mero lucro, & supra id quod ei abesset, indeque fieret, vt tanto minus superesset ex peculio ad satisfaciendam cæteris creditoribus, qui proinde in damno morarentur. Nec videtur iniuria affici dominus, cùm ita lucrum ei extorqueatur non damnum infligatur, quomodo idem Vlp. noster ratiocinatur in *l. quod autem 6. §. simili modo infr. Quæ in fraud. credit.* Benè igitur concludit Vlpianus veriorem esse priorem sententiam, vt ipsa furti æstimatio sola deducatur, non etiam furti pœna. Id est quantum per condictionem furtiuam consequi dominus posset, si ab extraneo seruo furtum passus fuisset, non quantum per actionẽ furti. Ex quo intelligimus quàm parum subtiliter faciant, qui vt contra nos totamq; Iurisprudentiam defendant condictionem furtiuam non nasci ex delicto, sed ex nescio qua causæ suæ figura, sic locum hunc interpretantur, quasi fur debitor quidem sit ex delicto, sed respectu actionis furti, non condictionis furtiuæ. Nam cùm Vlpianus hîc apertè scribat, posse dominum deducere, quod seruus ex furti delicto debet, nec tamen minus apertè neget, deducere eum posse pœnam, quam per actionem furti consequi ab extraneo fure posset, sed solam rei furtiuæ & subreptæ æstimationem, an non protsus consequens est, dicere dominum id solum deducere posse ex peculio tanquam sibi ex delicto debitum, quod per furtiuam condictionem ab alio fure quolibet consequi posset? Ergo debetur ex delicto quod per furtiuam condictionem petitur, licet illud quoque verum sit, ex delicto etiam deberi pœnam siue dupli, siue quadrupli, quam actor per actionem furti pœnalem persequitur. Quare non pugnat, quod ijdem adferunt ex Africano in *l. seruus 30. de action. emp.* esse hunc seruum debitorẽ domini ex causa condictionis. Cuius enim obsecro condictionis, nisi furtiuæ? & cur ex causa condictionis furtiuæ, nisi quia ex furto, & consequenter ex delicto? iunge quæ hac de re scripsimus ad *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. de iureiur. & ad l. in condictione 9. supr. de condict. furt.*

7 ¶ Si ipse seruus sese vulnerauit, non debet hoc damnum deducere: non magis, quàm si se occiderit, vel præcipitauerit. licèt enim etiam seruis naturaliter in suum corpus sæuire. sed si à se vulneratum seruum dominus curauerit [a], sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum. quamquam si ægrum eum curasset, rem suam potiùs egisset.

Ad §. 7. Si ipse seruus.

RAT. DVB. Quod seruus domino debet ex delicto deducere dominus potest cõuentus actione de peculio, vt scriptũ est in §. præcedente. Atqui seruus qui seipsum vulnerat, delinquere procul dubio videtur, & damnum infert domino, quem tanto pauperiorem facit, quanto se viliorem *l. 3. supr. de condict. tritic.* Potest igitur hoc quoque dominus ex peculio deducere, quanto vilior seruus factus est, quasi debitum sibi ex delicto serui: Multóque magis idem dicendum est, si seipsum seruus occiderit aut præcipitauerit. Nam si nec liber homo dominus est membrorum suorum, qui cæterarum rerum omnium dominus esse potest *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* Quanto minùs ferendum est, vt seruus sui ipsius dominus sit, qui seruus alterius est?

DEC. Seruis concessum est naturaliter in corpus suum sæuire. quia cùm iure ciuili & in republica pro nullis habeantur *l. quod attinet 32. de reg. iur.* & pro quadrupedibus *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* non est verendum ne seipsos lædẽdo lædant rempublicam quomodo contingeret in homine libero, qui cùm Reipublicæ priùs quàm sibi ipsi natus sit, necesse est, vt rempublicam ipsam pro domina agnoscat *l. 1. §. & generaliter infr. de ventr in poss. mitt.* & legem quæ personarum ac rerum omnium quibus constat respublica, domina est *l. 2 supr de legib.* Non ergo delinquit seruus qui seipsum vulnerat, vel occidit vel præcipitat, nec proinde fit debitor ex delicto, cùm non delinquat, quisquis facit, quod licet sibi facere, & quidem naturaliter, id est, non iure quidem naturali, sed ductu tamen & impetu solo naturæ humanæ in brutalem degenerantis. Nam & brutis animantibus idipsum licet, quibus nihil illicitum est ad quod naturali motu deferantur, quia nec iniuriæ faciendæ capacia sunt, nec damnum facere dicuntur, sed pauperiem *l. 1 sup si quadrup. paup. fecisse dicat.* Ideoque bene Vlpian. in *dict. leg. liber homo*, de libero homine loquitur ad differen-

tiam serui de quo in hoc §. Ita fit vt hac parte plus iuris habere videatur seruus quàm liber homo, si plus iuris habere est, esse infeliciorem. Videtur autem Vlpianus hoc loco ad id alludere, quod tot locis scribit Seneca, homini ad vitam ingressum vnum duntaxat à natura datum esse, sed exitus quamplurimos & quot ferè velit. Nam & prudentes nostri etiam in libero homine hoc facilè admittunt, vt possit sibi manus inferre, dum ne alicuius criminis conscientia & accusationis metu, nec sine causa aliqua, sed vel tædio vitæ vel impatientia doloris, quod in persona nostri Aristonis media voluntaria consumpti euenisse Plinius in Epistolis refert, vel æris alieni magnitudine, & pudore, aut etiam iactationis gratia, vt quidam Philosophi fecerunt *l. 3. §. si quis autem & §. sic autem infr. de bon. eor. qui mort. sibi consciuer. l. liberorũ 11. §. non solent supr. de his qui not. infam. l. si quis filio 6. §. eius qui deportatur infr. de iniust. rupt. l. eius qui 34. de testam. milit. l. 1. §. si quis non metu de Senatusconsulto Silaniano l. omne delictum 6. §. qui se vulnerauit de re militar.* Quod tamen à sacrosanctæ religionis nostræ moribus ac legibus tam alienum est, vt nec in seruo id tolerandum sit, qui ad imaginem Dei Opt. Max. æquè ac liber homo creatus est. Prudentes verò nostri in libero quidem homine supradictam distinctionem admiserunt: sed in seruo nullam eique vt seipsum vulnerare & occidere posset, si vellet, permiserũt, quasi is nec homo esset, aut in Rep. esse censeretur. Malus tamen & pessimus seruus ille esse creditur, qui tale aliquid facit, quo magis se humanis rebus extrahat, tanquam nihil in alium non ausurus, qui aduersus seipsum hoc ausus est, vt idem Vlpianus eleganter scribit in *l. cùm autem 23. §. excipitur, infr. de ædilit. edict.* & qui sibiipsi non pepercit, multò minùs aliis parcet, inquit Marcianus in *d. l. 3. §. sic autem de bon. eor. qui ant. sentent.*

a *Sed si à se vulneratum seruum dominus curauerit.* Intellige de seruo vulnerato à seipso non domino: nam in eo quem dominus vulnerasset aliud vtique probandum esset.

RAT. DVB. Non delinquit seruus, qui seipsum vulnerat, etiam sine causa: nec ideò fit debitor domini sui ex delicto, vt proximè diximus. Ergo nec si dominus in eo curando sumptum aliquem fecerit, debitor tamen ex ea causa fiet domini, non magis quàm si ex alia causa ægrum dominus curasset. Omni enim casu rem suam potiùs egisse dominus credendus est, cuius interfuit seruum curari.

DEC. Sumptus à domino facti ad seruum curandum, qui seipsum vulnerauit, negari nõ potest, quin ob serui culpam facti sint, quos non fuerat dominus facturus, si seruus seipsum non vulnerasset: cùm igitur factum serui causam iis dederit, meritò debitor sui domini ex ea causa factus intelligitur, non quidem ex delicto neque rursum ex contractu: sed ex quasi contractu, & eo ipso iure quo aduersus extraneum ex huiusmodi causa etiam negotiorum gestorum ageretur, *leg. si seruum alienum, 10. Cod. de negot. gest. leg. sed an vltrò 10. §. vltim. supr. eodem illo titul.* Quod autem etiam suum negotium dominus hoc casu gessisse creditur, non principaliter fit, sed tantùm per consequentias, quæ attendi non solent, *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infr. de authoritate tutor.*

8 ¶ Item deducetur de peculio, si quid dominus serui nomine obligatus est, aut præstitit obligatus. ita si quid ei creditum est iussu domini [a]: nam hoc deducendum, Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. sed hoc ita demùm verum puto, si non in rem domini, vel patris, quod acceptum est, peruenit. alioquin secum debebit compensare. Sed & si pro seruo fideiusserit [b]: deducendum, Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. Marcellus autem in vtroque si nondum quicquam domino absit, meliùs esse ait, præstare creditori: vt caueat ille refusurum se, si quid præstiterit dominus hoc nomine conuentus: quàm ab initio deduci: vt medij temporis interusurium magis creditor consequatur. Sed si de peculio conuentus dominus [c] condemnatus est: debebit de sequenti actione de peculio deduci. cœpit enim dominus, vel pater, iudicati teneri. nam & si quid serui nomine [d] non condemnatus præstitisset creditori, etiam hoc deducere.

Ad § vlt. Item deducetur.

RAT. DVB. Multum referre videtur, an dominus serui sui nomine obligatus tantùm sit, necdum tamen quicquam præstiterit, an verò iam præstiterit aliquid ex causa eiusmodi obligationis. Posteriore siquidem casu aliquid iam abest domino, non etiam priore.

DEC. Etiam priore casu videtur abesse domino id in quo est obligatus *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Marcellus tamen magis probat, vt non sit hoc casu locus deductioni, sed melius sit præstare creditori, vt caueat ille refusurum se, si quid posteà dominus præstiterit ex obligatione illa conuentus, vt medij temporis interusurium creditor potiùs consequatur, qui alioquin morabitur in damno quàm dominus cui nihil adhuc abest, & cuius indemnitati non minùs tutò per cautionem quàm per deductionem consulitur: semper enim quantum fieri potest, iis consulendum est, potius qui certant de damno vitando, quàm iis qui lucrum captant ex damno alieno, vt diximus ad *§. sine autem, vers. sed est quæstionis supr.* Idque est quod Vlpianus ex Marcelli ad Iulianum notis in hoc §. subiungit, *in vers. Marcellus autem.*

a *Ita si quid ei creditum est iussu domini.*

RAT. DVB. Cùm seruus iussu domini contrahit, aut etiam extraneus cum seruo, videtur dominus ipse contrahere, qui iubet *l. 1. infr. quod iuss.* Non igitur potest dominus, cõuentus actione de peculio hoc deducere tanquã sibi debitum à seruo, cùm ab ipso

ipso domino ex persona propria debeatur.

Dec. Videtur quidem dominus ipse contrahere, mutuámq; pecuniã accipere, qui iubet eam credi seruo: sed hoc eo pertinet, vt creditori obligetur in solidũ non de peculio duntaxat *d.l.1.quod iuss.* Sed nõ facit ea res quin fiat dominus hoc ipso creditor serui sui cui pecuniam credi iubet, quémadmodum ex hac causa haberet contra alium, cui credi mandasset, actionem negotiorum gestorum, nisi poneres pecuniam huic seruo vel filiofamilias creditam iussu patris vel domini, in rem ipsius domini vel patris versam esse. Hoc enim casu, vt Vlpianus subijcit, debebit dominus vel pater secum pensare, vt loquitur Africanus in *l. quæ dotis 33. solut. matr.* id est, compensare tanquam vicissim ipse debitor serui vel filij sui constitutus, non quicquam ex peculio deducere. Nec sanè hæc Vlpiani nota & adiectio dubitationem vllam recipit, cùm is in cuius rem pecunia aliqua versa est, hoc ipso debitor eius pecuniæ fiat.

b *Sed & si pro seruo fideiusserit.* Rat. dvb. Non statim atque fideiussit aliquis pro extraneo habet, tamẽ mandati actionem, sed ita demum si soluerit, aut iam condemnatus sit, cùm fieri possit, vt numquam soluat, nec ad solutionem vrgeatur *l. Lucius 38. §. 1. infr. mandat. l. si pro ea 10.* Nec igitur permittendum est domino, qui pro seruo suo fideiussit, vt quicquam ex peculio deducat hoc nomine, cùm nihil adhuc ei absit. Dec. Abesse iam domino intelligitur id, in quo serui sui nomine, ex causa fideiussionis obligatus est *d.l. si quis mandatu 28. in fin. supr. de negot. gest.* quamuis Marcellus contra putauerit, non esse permittendum domino deductionem huius pecuniæ ab initio, id est, antequã ex causa fideiussionis soluerit, non quasi supradictam iuris propositionem desumptam ex *d. l. si quis mandatu.* non probauerit, quæ verissima est: sed quoniam in proposita specie est aliquid quod melius dici possit, vt indemnitati domini citra iniuriã cæterorum creditorum consulatur, & cæteris quoque creditoribus citra iniuriam domini, adhibito scilicet remedio cautionis præstandæ per creditorẽ agentem de peculio contra dominum de refundẽdo omni eo, quod dominum ex eiusmodi fideiussionis causa præstare, quandoque contigerit. Ita enim fiet, vt domino nihil interim deducente interusurium totius medij temporis lucro cedat creditoris, qui alioquin moraretur in damno, vt iam diximus: nec idcirco tamen dominus periclitatur, cui per cautionem abunde consultum est, sed interusurij lucrum ei duntaxat eripitur, quod ad creditorem de damno vitando certantem pertinere æquius est. Semper enim melius est, repetitioni fauere, quàm aduentitio lucro *l. non debet actori 41. §. 1. de regul. iur.* Nec proinde hoc casu potest vsurpari ea iuris regula quæ vult cùm de lucro duorũ quæritur, meliorem esse causam possidentis *l. nemo prædo est 126. §. vlt. eod.* nec illa rursũ quæ habet, quoties vtriusque causa lucri ratio vertitur, eũ esse præferendum cuius in lucro causa tempore præcedit *l. quoties vtriusque 98. eod.* Hic enim certat dominus de lucro captando: creditor autem miser, qui pro actione solidi contentus esse cogitur actione de peculio, nihil aliud agit, nisi vt maneat in damno: denique domino nullum damnum infligitur, sed interusurij lucrum duntaxat ei eripitur, quod longè diuersum est *l. quod autem 6. §. simili modo infr. quæ in fraud. credit.* In perpetuum autem verissima & æquissima est iuris regula, eam semper capiendam interpretationem, per quam fiat, vt vtriusque partis indemnitati consulatur *l. ex his 8. eod. ill. tit.*

c *Sed si de peculio conuentus dominus.* Rat. dvb. Etiam cùm dominus de peculio conuentus ex causa qualibet & condemnatus est, nihil tamen adhuc ei abest reuera, cùm nihil dum ex condemnatione præstiterit, nulla iudicati adhuc secuta executione, quæ nec fortassis vnquam sequetur. Quid enim si creditorem sine herede alióve vllo successore mori contingeret, ac ne fisco quidem successore relicto? vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. l. 1. §. idem Pomponius 14. versic. quid enim infr. depos.* Ergo etiam hoc casu supradicta Marcelli distinctio retinenda est, vt nihil possit dominus ex causa condemnationis deducere, non magis quàm ex causa fideiussionis quousque aliquid præstiterit: sed cautione à creditore præstanda contentus esse debeat, vt in superioribus casibus, ne interusurium medij temporis eripiatur creditori agenti de peculio, qui alioquin tanto plus ex debito suo sit amissurus. Dec. Quisquis pro alio fideiussit, si ex ea causa condemnatus sit, habet exinde mandati actionem, nec expectandum est, vt soluere cogatur, vel ex iudicati causa in carceres detrudatur *d. l. Lucius 38. §. 1. infr. mandat. d. l. si pro ea 10. C. eod. l. fideiussor. 45. infr. de fideiuss.* Porrò quo casu etiam actio fideiussori extraneo danda esset contra eum, pro quo fideiussisset, non est denegandum domino, vt deductione vtatur, cuius scilicet non minor, at potius maior longè fauor est, quàm actionis. Nec aduentitius ille casus computandus est, qui euenire non nisi rarissime potest, vt creditor, qui priore actione de peculio iudicatum dominũ fecit sine herede, alióve vllo successore moriatur *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Ergo de sequenti actione de peculio deducendum id quoque erit, in quo dominus ex causa fideiussionis condemnatus est: cœpit enim iudicari teneri, quod sufficit, propter rerum iudicatarum authoritatem, quę tanta est, vt de futura omnimodo iudicati executione nec dubitandum sit: ne alioquin lusoria sint iudicia & iudicata, quorum vigor totus in executione consistit *l. si longius 7. Cod. de exec. rei iudic. leg. si Prætor 75. supr. de iudic. leg. vltim. infr. ne quid in loc. public. fiat. leg. à Diuo Pio 15. infr. de re iudic.*

d *Nam & si quid serui nomine.* Rat. Dvb. Videtur imputari posse domino, qui pro seruo suo fideiusserat, cur ex causa fideiussionis soluerit, antequam condemnaretur. Nec debet eius facilitas fraudi esse creditori, vt medij temporis interusurio priuetur, ex quo alioquin sibi soluere potuisset: sicut enim credulitas, ita & facilitas sua cuique imputanda est, non alteri *l. 1 §. dolum autem supr. de eo per quem fact. erit. l. qui hominem 34. §. si nullo de solut. leg. vir vxori 17. in fin. principij infr. ad SC. Vellecian. l. si quis inficiatus 13. infr. depos.*

Dec. Qui scit se debitorem esse actoris, non prohibetur bonam fidem agnoscere *leg. quoties 9. §. nec vtique infr. de admin. tutor.* Debet enim vnusquisque aduersum se agere etiam sine actione *§. & generaliter ead. leg.* Proinde tantum abest, vt expectare debeat condemnationem, quæ optimo cuique cauenda & fugienda semper est, vt nec debeat expectare, vt conueniatur, si mali & perfidi hominis suspicionem velit effugere. Cùm non nisi aduersus perfidos homines iure ciuili actiones cõparatæ sint, vt Theophilus scribit

in *tit. de action. iunct. l. cùm amplius* 184. §. *is natura debet de reg. iur.* Nihil ergo est, quod imputetur domino, si soluerit etiam priùs quàm condemnaretur: multò minùs si post condemnationem non expectata dispendiosiore iudicati executione. Permittenda igitur ei est vtroque casu deductio ex peculio, quia & mandati aut negotiorum gestorum actio ipsi competeret, si pro extraneo ante condemnationem soluisset, mandati quidem si præcedente mandato fideiussisset. Negotiorum gestorum autem si mādatum nullum interuenisset, *l. ex mandato* 20. §. 1. *infr. mandat.* Nam quo casu dominus agere posset contra extraneum, eodem casu si ex persona serui conueniatur, de peculio habet beneficium & priuilegium deductionis: nec addenda est hoc casu distinctio, quæ aliàs in fideiussore soluente addi solet: an omiserit exceptionem aliquam debitori principali competentem ex *leg. si fideiussor* 29. *in princip. & pass. eod. tit.* Nulla enim potuit seruo competere exceptio cum quo nec actio vlla fuit, *vulg. leg. cum seruo* 107. *de regul. iur. iunct. leg.* 2. *leg. exceptio* 22. *de except.*

10. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI verò adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio, & ex posteriore iudicio res iudicaretur: nullo modo debet proris iudicij ratio haberi in posteriore condemnatione: quia in actione de peculio occupantis melior est condicio. occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis peruenit.

Ad Si l. verò 10.

RAT. DVB. Tum incipit competere domino vel patri priuilegium deductionis, cùm incipit conueniri actione de peculio, quia tum sibi soluere intelligitur, *l. prox.* §. *preterea in fin. supr.* Ergo etiamsi adhuc in suspenso sit prius iudicium de peculio institutum contra patrem vel dominum, necdum sit pater aut dominus condemnatus, & ex posteriore iudicio res iudicetur. Prioris tamen iudicij ratio habenda est, in posteriore condemnatione, vt perinde ex peculio deducatur, & ex posteriore condemnatione id quod deduci posset, si ex priore iudicio iam condemnatus dominus fuisset. Quid enim dici posset iniquius, quàm deteriorem esse condicionem patris vel domini in iudicio posteriore de peculio, ob id solùm quod qui prior egit, negligentior fuerit in prosequenda lite, & tardiùs ad sententiam iudicis peruenerit, quàm qui posterior ad iudicium venit? Nisi fortè imputare volumus patri vel domino, cur in priore iudicio non vrserit aduersus seipsum condemnationem vt deductionis priuilegium aut sibi acquireret, aut acquisitum non amitteret, quod certè esset ridiculum.

DEC. Sensus legis non ille est, vt in iudicio posteriore de peculio deduci non possit, illud ipsum quod in priore deduci potuisset, sed hîc potiùs, vt quod petebat creditor, qui prior quidem egit de peculio: sed posterior ad sententiam iudicis peruenit, non sit deducendum in posteriore actione de peculio, quomodo deduceretur, si ex priore iam iudicatum esset, ratione illa quam Caius hîc adfert, quod in actione de peculio melior condicio sit occupantis *l. ex facto* 52. *infr. hoc tit. l. non enim* 6. *supr. de tribut. act. l.* 3. *supr. quod cum eo qui in alien. potest.* Occupasse autem is demùm videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis peruenit. Neque in eo vlla fit iniuria patri vel domino, qui aduersus hunc qui prior egit, sed posterior obtinebit, deducturus æquè est, quicquid posteriori creditori priùs præstiterit, & inter solos creditores hęc contentio est, quorum alteri qui prior ad sententiam iudicis peruenit, imputari non potest, cur diligentior nō fuerit in contestando: alteri verò qui prior egit, imputandum est, cur non diligentiùs litem prosecutus sit, vt citiùs ad sententiam perueniret. Quamuis in aliis plerisque causis occupare intelligatur ille, qui prior litem contestatur, vt in actione tributoria *d. leg. non enim*, vbi rationem diuersitatis attulimus. Itémque in duobus reis stipulandi *l. ex duobus reis stipulandi* 16. *infr. de duobus reis*, & in eo qui sibi aut alij stipulatus est, *l. si quis stipulatus* 57. §. 1. *de solut. & in specie l. si Titius & Seius* 9. *infr. de verbor. obligat.* Bene igitur Caius scribit, si adhuc in suspenso sit prius iudicium de peculio & ex posteriore priùs res iudicetur, nullo modo debere prioris iudicij rationem haberi in posteriori condemnatione, quia fieri id non posset, citra iniuriam diligentioris creditoris, cuius debitum deduci æquius est aduersus negligentiorem quàm debitum negligentioris aduersus diligentiorem. Patris autem vel domini nihil prorsus interest: nam quod in priore iudicio deduci potuisset, in posteriore quoque deducetur.

11. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

SI noxali iudicio conuentus dominus, litis æstimationem obtulerit, de peculio deducendum est, quod si noxæ dederit, nihil est deducendum.

Ad l. Si noxali 11.

RAT. DVB. Non debet esse in potestate patris vel domini, vt deteriorem faciat aduersarij sui condicionem *l.* 1. *supr. de alienat. iudic. mutat. caus. fact.* Nec proinde vt possit ex peculio deducere vel non possit: nam cùm deducit, facit vtique deteriorem condicionem creditoris agentis de peculio, qui tanto minùs consecuturus est. Atqui est in potestate & electione domini conuenti actione noxali ex delicto serui, vt vel damnum decidat, præstita litis æstimatione vel seruum noxium noxæ dedat. Ea namque vis & potestas est noxalis iudicij, *leg.* 1. *& pass. supr. de noxal. action.* Ergo si hæc distinctio adhibeatur, quam Vlpianus hîc ponit, an noxali iudicio conuentus dominus litis æstimationem

tionem

tionem obtulerit, an seruum noxæ dedere maluerit, vt priore casu deductio fiat ex peculio, posteriore non item erit in potestate domini facere, vt deductioni locus sit, vel non sit. Dec. Quod seruus debet ex delicto, deducendum est ex peculio, perinde atque id quod ex contractu debetur *l. sed si damnum 9. §. siue autem supr. hoc tit.* Atqui quicquid pro capite serui præstitum est, à domino, in eo seruum debitorem domini sui constitui certum est *l. Stichus 16. infr. de pecul. legat.* Ergo si noxali iudicio conuentus dominus litis æstimationem obtulerit, conuentus posteà de peculio eam poterit deducere. Neque verò hoc ipsius electioni & voluntati tribuendum est, sed potestati iuris, quæ dominum sanè obligat, vt serui sui factum præstet, & pro eius delicto præstet integram litis æstimationem: quod autem potest etiam dominus, si velit, seruum noxæ dedere, non tam ex summo iure proficiscitur, quàm ex legis duodecim tabularum benignitate, quæ domino hanc eligendi facultatem saluam esse voluit, ea ratione æquitatis quòd non debeat seruus damno adficere dominum in plus, quàm quanti ipse est *l. 2. supr. de noxal. act. §. summa autem ratione Instit. eod.* Idque est, quod dici solet, noxæ deditionem semper sequi nec vnquam præcedere pecuniariam condemnationem *l. miles 6. §. decem inf. de re iudic.* Itaque cùm dominus pro noxa serui offert litis æstimationem, licèt ita sibi acquirat ius deductionis, non ideò tamen facit duriorem creditoris de peculio agentis condicionem, quàm ex iuris ratione esse debeat: quamuis faceret meliorem, si pro litis æstimatione noxæ deditionem eligeret, quandoquidem eo casu nihil ex peculio deduceretur, ne quidem æstimatio serui, cùm non possit seruus quisquam videri in suo ipse esse peculio *l. deposui 38. §. Stichus infr. d. l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* Porrò nemo iubetur facere meliorem aduersarij sui condicionem, sed deteriorem facere tantùm prohibetur: nec distinguimus, quanta summa sit, quam dominus ex delicto serui pro litis æstimatione præstiterit, quia licèt tanta sit, vt expediret domino seruum ipsum noxæ dedere potiùs, quàm pro eo damnum decidere, totum tamen quod ipse præstiterit ex peculio deducetur, neque dolo quicquam fecisse dominus videbitur, qui tanti habuit, seruo illo non carere *dict. l. Stichus*, vbi tamen eleganter Africanus ait, non idem esse, si vicarium serui ordinarij dominus pro ipsius vicarij delicto noxæ dederit. Tunc enim etiam ex ordinarij serui peculio deducendum esse precium vicarij, quòd eo nomine seruus ordinarius ob defensionem vicarij sui debitor suo domino constitutus esse intelligatur.

1 ¶ Sed & si quid dominus soluturum se serui nomine repromisit, deduci oportebit. quemadmodum si quid domino seruus pro debitore expromiserat [a]. Idem est & si pro libertate [b], quid domino expromisit: quasi debitor domino sit effectus. Sed ita demum, si manumisso eo, agatur.

Ad §. 1. *Sed & si quid dominus.*

Rat. dvb. Quod dominus soluturum se serui sui nomine repromisit, nondum solutum est, nec proinde abesse adhuc quicquam eo nomine domino videtur, qui nec fortassis ex sua vnquam promissione conuenietur. Non ergo interim deductioni locus esse hoc casu potest, sed tantùm cautioni quam à creditore agente de peculio prestandam esse suprà diximus ex Marcello in *l. sed si damnum 9. §. vlt. supr.* Quasi seruus non sit interim debitor domini, & melius sit interusurium medij temporis lucro cedere creditoris agentis de peculio, & certantis de damno vitando, quàm domini cui sufficit indemnitatem præstari eo tempore, quo aliquid ei abesse cœperit.

Dec. Domino abesse iam videtur id, in quo est pro seruo obligatus *l. si quis mandatu 28. in fin. supr. de negot. gest.* Ergo in actione de peculio hoc quoque deducendum erit. Neque Marcellus in hoc dissensit à Iuliano, sed in eo tantùm, quod Iulianus deductionem hanc ab initio fieri debere putabat, Marcellus verò non nisi eo casu, quo creditor agens de peculio non mallet cauere se refusurum domino, quicquid illum ex hac causa præstare quandoque contingeret, idque propter medij temporis interusurium: proinde etiam ex Marcelli sententia deductio facienda est, & quidem ab initio nisi creditor offerat cautionem. Hoc enim ei præstandum & indulgendum esse Marcellus voluit, scilicet patenti, vt in *l. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* Erit a locus hic & totus §. ex illo intelligendus, & supplendus est. Nam & cùm præstatur cautio, hoc ipso deductio fieri intelligitur saltem ex postfacto. Cautio siquidem pro deductione est, vt diximus ad *d. §. vlt.*

a *Quemadmodum si quid domino seruus pro debitore expromiserat.* Rat. dvb. Non fit expromissor, nisi per stipulationem *l. & eleganter 7. §. seruus supr. de dol. mal.* vbi diximus *l. aliquando 13. in princip. infr. ad SC. Velleian. l. qui libertinus 37. §. sed si creditori infr. de oper. libert.* sicuti nec fideiussor *l. blanditus 12. C. de fideiuss.* expromissione enim fit nouatio *l. si verò 64. §. sed et si reum 4. solut. matr.* quæ tamen non fit, nisi per stipulationem *l. 1. & pass. de nouat.* Atqui seruus cùm non habeat ius stipulandi, nisi ex domini sui persona *Instit. de stipulat. seruor.* sicuti non potest stipulari à domino, ita nec rursum videtur ei quicquam per stipulationem posse promittere, vt eadem ratio sit obligationis serui passiuæ quæ actiuæ, non potest igitur pro debitore domini aliquid ipsi domino expromittere, vt domino obligetur.

Dec. Inter dominum stipulantem & seruum promittentē naturalis obligatio contrahitur, quamuis non etiam ciuilis, quia stipulatio quælibet etiam inutilis habet consensum, non minùs quàm contractus qui sunt ex iure gentium, qui sufficit ad inducendam naturalem obligationem *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. iunct. l. an inutilis 8. de acceptil.* Naturalis autem obligatio sufficit ad nouationem, id est, ad transferendam in alium ciuilem quoque priorem obligationem *d. l. 1. in fin. de nouat.* Potest igitur seruus obligari domino si expromittat pro alio ipsius domini debitore, & consequenter hoc quoque deducendum est in actione de peculio, tanquam à seruo debitum domino ex contractu, ex regula legis *sed si damnum 9. §. siue autem supr.* Aliud est, si seruus à domino stipuletur, non enim valet stipulatio, ne quidem ad dominum naturaliter obligandum, quia stipulatio tota iuris ciui-

lis eſt, nec proinde ſtipulandi ius habere ſeruus poteſt, niſi ex perſona domini, quemadmodum diximus. Ergo vt ſtipuletur ab extraneo pro domino, non à domino ipſo.

b *Idem eſt & ſi pro libertate.* RAT. DVB. Quod pro libertate promittitur in eum caſum, & in illud tempus promittitur, quo libertas data erit, atqui nullum poteſt habere peculium is, qui iam liber eſt, niſi filiusfamilias proponatur: ergo neque ex peculio deducendum erit hoc quod ſeruus pro libertate promiſit, quaſi collata obligatione in tempus inhabile, quod ad cauſam peculij attinet *arg. l. Stichus 39. infr. de teſtam. manum. l. quod ſponſæ 4. C. de donat. ant. nupt.*

DEC. Manumiſſione quidem deſinit eſſe peculium, ſicut & ſeruus deſinit ſeruus eſſe, ſed non extinguitur tamen actio de peculio, quæ etiam poſt manumiſſionem intra annum durat *l. 1. infr. tit. prox.* Quandiu autem durat actio de peculio, tandiu quoque neceſſe eſt, ſupereſſe ius deductionis faciendæ ex peculio, cùm deductio illa fiat in iudicio, quod de peculio contra dominum eiúſve heredem fuit inſtitutum. Ergo & quod ſeruus pro libertate expromiſerit, æquè deducetur, quaſi ſeruo effecto domini debitore etiam ante manumiſſionem. Sed hoc ita ſi poſt eius manumiſſionem de peculio agatur, quomodo adhuc intra annum agi poſſe diximus. Nam ſi ante manumiſſionem ageretur, non poſſet deduci ex peculio ea ſumma, quæ nondum eſſet debita, tanquam non niſi ſub condicione promiſſa libertatis præſtandæ. Condicionem enim priùs exiſtere neceſſe eſt, quàm ex condicionali obligatione aliquid debeatur, ſiue ciuiliter ſiue naturaliter *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Cæterùm ſecuta manumiſſione adeò debitum intelligitur, id quod in ſeruitute pro libertate conſequenda à ſeruo promiſſum fuit, vt quamuis non ſoleat ſeruus poſt manumiſſionem ex eo, quod in ſeruitute geſſit conueniri, quaſi alius homo factus, hoc tamen nomine conueniri poſſit actione in factum, ſi poſt manumiſſionem noua ſtipulatio nulla de ea re interceſſerit *l. promiſſæ 3. C. an ſeruus pro ſuo fact. iunct. l. eum actum 17. ſupr. de negot. geſt.* Interdum etiam actione de dolo, vt in ſpecie *d. l. & eleganter §. ſeruus de dolo.* Nec enim decipiendus eſt dominus, qui non aliter manumiſſurus fuit, ſicut nec alius quiſquam qui id fecit, quod aliter facturus non erat *l. ſi donaturus 9. §. 1. ſupr. de condict. cauſ. dat. l. purè 5. §. ſi eum infr. de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. in traditionibus 48. ſupr. de pact.*

2 ¶ Sed ſi à debitore dominico ſeruus exegerit: an domini debitorem ſe fecerit quæritur. & Iulianus libro duodecimo Digeſtorum, non aliter dominum deducturum ait, quàm ſi ratum habuiſſet, quod exactum eſt. eadem & in filiofamilias dicenda erunt. & puto veram Iuliani ſententiam. naturalia enim debita ſpectamus in peculij deductionem. eſt autem natura æquum, liberari filium, vel ſeruum obligatione, eo quòd in debitum videtur exegiſſe.

Ad § 2. Sed ſi à debitore.

RAT. DVB. Seruus qui à dominico debitore pecuniam exegit, nullo mandato præcedente exigit eam rem, quæ domino fuit debita. Ergo facit ſe hoc ipſo domini ſui debitorem, non minùs quàm ſi mandato præcedente exegiſſet, imò tanto magis quod exigens ſine mandato, culpam ſaltem contrahit, immiſcendo ſe rei ad ſe non pertinenti *l. culpa eſt 36. de regul. iur.* quæ culpa etiam delicto & furto proxima eſt, cùm ex huiuſmodi cauſa plerumque furtum fiat *l. ſi vendidero 80. §. ſi Titius infr. de furt.* nec debet melior eſſe condicio ſerui exigentis ſine mandato, quàm ſi cum mandato, ſicut nec illius qui in mala fide eſt, quàm eius qui in bona *l. non ſolùm 13. ſupr. de noxal. action.*

DEC. Quod ſeruus exegit à debitore dominico, id eſt, non peculiari abſque mandato, perinde adhuc debetur domino ac ſi ſolutum ſeruo non fuiſſet, quia per eam ſolutionem debitor liberari non potuit, nec ſi crediderit ſeruum habere mandatum *l. qui hominem 34. §. ſi nullo infr. de ſolut.* nec enim debuit tam credulus eſſe, tamque facilis ad ſoluendum, ſed exigere mandatum debuit, vt tutò ſolueret *l. ſi quis inficiatus 13. infr. depoſit. iunct. l. 1. §. dolum autem ſupr. de eo per quem fact. erit.* Nulla ergo ratio eſt, vt eius pecuniæ, quam ſeruus nullo interueniente mandato à domini debitore exegit debitor factus videatur. Alioquin haberet dominus duos eiuſdem pecuniæ debitores, & eum qui ſoluiſſet, & ſeruum qui ſolutionem accepiſſet, quod eſſet abſurdum. Proinde verum eſt, quod Iulianus dixit, hanc pecuniam non aliter ex ſerui peculio deducendam eſſe, quàm ſi dominus exactionem ratam habuerit, quia ſi ratam habeat, facit vt debitam pecuniam exegiſſe videatur ſeruus, qui alioquin ſibi indebitam exegit, non modò ſi falſus procurator fuerit, ſed etſi falsò putauerit, habere ſe ius exigendi, & ideò ſi liber homo eſſet, condictione ipſe teneretur, tanquam indebito accepto, quia ſolutio quæ non poteſt parere liberationem, parit ſemper condictionem *l. cum quis 38. §. 1. & §. qui hominem de ſolut. l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum l. cùm is 32. §. 1. ſupr. de condict. indeb.* extra caſum ſingularem *l. Neratius 63. eod. tit.* Idque eſt quod Vlpianus ex Iuliano ſcribit, naturalia debita ſpectari in peculij deductione, ſcilicet ea demùm debita deduci ex peculio, quæ naturalem habent æquitatem, ex qua ſcilicet ſola æſtimatur naturalis obligatio *l. Stichum 95. §. naturalis de ſolut.* quamuis vt debitor vel ſeruus domino, vel dominus ſeruo eſſe intelligatur ex cauſa ciuili computandum ſit, vt non ex alia cauſa inter has perſonas obligatio naturalis contrahatur, quàm ex qua ciuilis obligatio inter alios contraheretur *l. non ſolùm 49. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui tantùm abeſt, vt natura æquum ſit, obligari ſeruum vel filiumfamilias ob id, quod indebitam pecuniam exegiſſe videatur, vt è contrario natura æquum ſit eum liberari, non quaſi aliquando fuerit obligatus, ſed hoc potiùs ſenſu ne in obligationem incidat ob eam cauſam, quippe qui nullum patri vel domino damnum intulerit, à quo non eſt debitor liberatus *d. l. ſi vendidero 80. §. ſi Titius de furt.* Et ita locus hic alioqui ſatis obſcurus intelligi proculdubio debet. Quomodo enim liberaretur ſeruus vel filius, qui nunquam fuiſſet obli-

ſet obligatus? Quod autem loquitur Vlpianus poſt Iulianum de indebita pecunia exacta. Noli ſic intelligere, quaſi fuerit omnino indebita (ponimus enim debitam fuiſſe domino, & debitorem dominicum fuiſſe illum qui ſoluit.) ſed quia fuit indebitè per ſeruum aut filiumfamilias exacta, qui eius exigendæ nullum ius omnino habuerit, vt in *l. ſi procuratori* 14. vbi dixi *ſupr. de condict. cauſ. dat. l. ſi procurator* 6. *l. cùm indebitum* 57. §. 1. *ſupr. de condict. indeb.* Caue rurſus ne huius loci rationem ex eo petas, quòd non videatur quiſquam alij mandaſſe, vt indebitam pecuniam exigeret ex *d. l. ſi procurator* 6. §. *Celſus ait.* Pertinet enim ratio illa ad eum caſum, quo is qui indebitum exegit, mandatum generale habuerit ad exigendum, vt in ſpecie illius legis: nos verò eum caſum tractamus, quo nullum prorſus mandatum ſeruus hic habuerit exigendæ pecuniæ à dominico debitore: quod verò addit Vlpianus idem in filiofamilias probandum eſſe, non aliam vtique recipit, aut dubitandi aut decidendi rationem, quàm quæ à nobis de ſeruo allata eſt. Pari enim paſſu filiusfamilias & ſeruus ambulant, itemque pater & dominus in actione de peculio, niſi cùm diuerſitatis ratio aliqua reddi poteſt, vt in *l. 3. §. ſed ſi filiusfamilias ſupr. iunct. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

3 ¶ Eſt autem quæſtionis: an id, quod dominus ſemel deduxit, cùm conueniretur: rurſus, ſi conueniatur de peculio, eximere debeat: an verò veluti ſolutum ei videatur, ſemel facta deductione. & Neratius, & Nerua putant, item Iulianus libro duodecimo ſcribit, ſi quidem abſtulit hoc de peculio, non debere deduci: ſi verò eandem poſitionem peculij reliquit, debere eum deducere.

Ad §. 3 Eſt autem quæſtionis.

RAT. DVB. Deductio habet vim ſolutionis *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio verſic. aliquando infr. de ſolut.* Videtur enim ſibi ſoluere dominus per deductionem, iam tum cùm incipit de peculio conueniri *l. ſed ſi dammum* 9. §. *præterea in fin. ſupr.* Atqui bona fides non patitur, vt idem bis exigatur *l. bona fides* 136. *de regul. iur.* Ergo neque vt bis idem deducatur, cùm effectu ipſo nihil differat deductio à ſolutione, niſi quod deductio commodior quædam ſolutio eſt. Sibi enim ipſe ſoluit, qui ex peculio deducit, quod ſibi debetur.

DEC. Non videtur deductum, quod non durat deductum, quomodo ſolemus dicere, non videri in rem verſum, quod non durat verſum *l. ſi pro patre* 10. §. *verſum infr. de in rem verſ.* nec permiſſum quod non durat permiſſum *l. item eorum* 6. §. *pen. ſupr. quod cuiuſq. vniuerſ. nomin.* nec lis inſtituta in qua quis non perſeueret *l. nam etſi is* §. 1. *ſupr. de inoffic. teſtam.* nec in poteſtatem domini perueniſſe id, quod ita peruenit, vt auelli tamen ab eo poſſit *l. 4. §. tunc in poteſtatem infr. de vſucap.* nec denique ſolutum, quod non durat ſolutum *l. ſi rem* 20. *l. ſi quis aliam* 46. *l. in perpetuum* 61. *l. qui res* 98. *in princip. &* §. 1. *infr. de ſolut.* Ergo dominus qui poſt deductionem factam ex peculio eandem peculij poſitionem reliquit, nec deduxiſſe credendus eſt: ſiue hanc nouam quandam conceſſionem peculij eſſe velis, ſiue manente eodem peculio, & in eadem poſitione relicto, id quod deductum fuerat redditum potiùs, quàm denuò conceſſum eſſe *arg. l. filio* 23. *infr. de liber. & poſthum. l. ab hoſtibus* 12. *C. de poſtlim. reuerſ. & redempt. ab hoſtib.* Eſt enim facilis reditus cuiuſque rei ad ſuam naturam *l. ſi vnus* 27. §. *pactus ne peteret in fin. ſupr. de pact. & d. l. filio.* Ita demum ergo id quod ſemel deductum eſt, deduci iterum non poterit, ſi dominus de peculio id re vera abſtulerit, non etiam ſi eandem peculij poſitionem reliquerit. Sicut enim re non verbis peculium & conſtituendum & augendum eſt *l. 4. §. 1. l. non ſtatim* 8. *ſupr.* Ita re quoque non verbis minuendum eſt per deductionem, & ablationem vt quod deduci potuit, deductum verè dici poſſit: quamuis alioqui nuda domini, vel patris voluntas ſufficiat ad peculium vel adimendum in totum, vel minuendum *d. l. non ſtatim in fin.* nec quod in vna actione de peculio dominus deductionem fecerit verbo tantùm, ad minuendam actionem illam, impedire poteſt, ne in alio quoque iudicio eandem deductionem faciat, quam re ipſa nondum fecerit. Tametſi in compenſatione aliud ſit, quæ vni petitioni deſtinata, alij poſteà obiici non poteſt *l. quod Labeo* 13. *infr. de compenſat.* nimirum quia deductio, quæ nudo tantùm verbo fit deductio non eſt: at compenſatio etiam nudo verbo facta & oppoſita, vera compenſatio eſt, veræque ſolutionis vim obtinet, tanquam quæ fiat ipſo iure, ſi modò obiiciatur *l. ſi ambo* 10. *& paſſ. eod. ill. titul. infr. & Cod.*

4 ¶ Denique ſcribit: ſi ſeruus vicarium quinque valentem in peculium habuit, & domino quinque deberet, pro quibus vicarium dominus deduxiſſet, & mortuo poſtea vicario alium eiuſdem precij ſeruus comparauerit: non deſinere domini eſſe debitorem, quaſi vicarius ille domino deceſſerit. niſi fortè, cùm eum ſeruo ademiſſet, & ſibi ſoluiſſet, tunc deceſſerit.

Ad §. 4 Denique.

RAT. DVB. Deductio vim ſolutionis obtinet, vt modò dicebamus ex *l. ſed ſi dammum* 9. §. *præterea in fin. ſupr.* Atqui ſolutio ſiue naturalis ſit, ſiue ciuilis & imaginaria, vt acceptilatio, tollit obligationem omnem etiam naturalem, liberatque debitorem, dummodò facta ſit vero creditori *l. in numerationibus* 44. *l. penult. & paſſ. infr. de ſolut.* §. 1. *& paſſ. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig. l. debitori* 50. *infr. de fideiuſſ.* Ergo ſi ſer-

uus vicarium quinque valentem in peculio habuerit, & cùm domino quinque deberet, vicarium dominus deduxerit, exinde habendus est pro liberato, & deductionis quasi solutionis potestate: & quamuis eo vicario mortuo seruus alium eiusdem precij comparauerit, non debet ea res facere, vt nouus hic vicarius, quasi in prioris locum subrogatus, ad dominum pertinere debeat iure deductionis, aut deduci à domino nunc possit: cùm is qui deductus fuerat, non seruo, sed domino perierit. Nec enim periculum casus fortuiti contingentis post solutionem ad eum pertinere potest, qui soluit, cùm fuerit liberatus, & obligatio semel extincta nunquam reuiuiscat *l. qui res 98. §. aream de solut.* Periculum autem rei cuiuslibet non ad alium quàm ad dominum spectare debeat *vulg. l. pignus 9. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* nec quod seruus hic quinque debebat domino, non vicarium ipsum, ad rem facit: siquidem constat etiam aliud pro alio volenti creditori solui posse *l. manifesti 17. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb.*

Dec. Non videtur deductus à domino, eique solutus vicarius, quem in eadem peculij positione etiam post deductionem manere dominus voluit, secundùm ea quæ diximus ad §. præcedentem, cuius hic non nisi appendix, & ex eo illatio quædam est. Ergo quamuis vicarium valentem quinque dominus in priore actione de peculio, pro quinque deduxerit, cùm tamen eundem vicarium eidem seruo in peculium reliquerit, non ideo videri potest seruus in illis quinque liberatus, nec proinde vicarius ille domino quasi iam solutus decessisse, sed perinde ac si nulla dum deductio facta esset, poterit dominus in alia actione de peculio eadem quinque deducere, & pro iis, si velit, nouum vicarium non tanquam in locum prioris, qui nunquam deductus fuisse intelligitur, subrogatum, sed tanquam peculiarem, & eo iure quo aliud quidlibet quod peculij esset, posset deducere, nisi fortè, inquit Vlpianus, prior ille vicarius tum decesserit, cùm dominus eum iam seruo ademisset sibique soluisset, quia quandiu eum reipsa non abstulit, & seruo ademit, in eodem peculio eum reliquisse intelligitur, eandemque peculij positionem, quæ ante deductionem fuerat, conseruasse, licèt nullam aliam expressam voluntatis suæ testationem ea de re interposuerit. Planè si dominus vicarium illum, non tantùm verbo, sed etiam facto ademerat, isque posteà decessisset, aliud probandum erit, quoniam deductio illa vera fuit, nec eo minùs effectum suum habuit, quòd idem vicarius posteà decesserit, quem eo casu domino non seruo decessisse certum esset.

5 ¶ Idem rectè ait: si, cùm vicarius valeret decem, dominus conuentus de peculio quinque pro seruo præstitisset, quoniam quinque ipsi debebantur, mox vicarius decessisset: aduersus alium agentem de peculio, decem dominum deducturum. quia & in eo, quod iam pro eo soluit, debitorem seruum sibi fecerit. quæ sententia vera est: nisi seruo ademit vicarium, vt sibi solueret.

Ad §. 5. Idem rectè ait.

Rat. dub. Si cùm vicarius valeret decem, dominus conuentus de peculio quinque præstiterit, quoniam quinque ipsi debebantur, atque ita vicarium in peculio retinuerit, isque vicarius subinde decesserit, negari non potest quin prior deductio effectum suum habuerit, cùm non nisi quinque dominus soluerit creditori agenti de peculio, cui alioquin citra deductionem soluere decem debuisset. Ergo aduersus alium creditorem agentem posteà de peculio, non debet dominus decem deducere, sed quinque tantùm, quasi aliis quinque per deductionem iam solutis: ne contra bonam fidem eadem quantitas bis exigi videatur, nec quod dominus eundem vicarium in eadem peculij positione reliquerit, meliorem ipsius condicionem facere debet, cùm videri possit, ita fecisse, non tam vt vicarium illum totum in peculio relinqueret, quàm quia non poterat totum vicarium deducere, quem ponimus dignum fuisse decem, cùm tamen quinque duntaxat domino deberentur. In quo hic casus differt à superiore, maioremque videtur habere rationem dubitandi: sed decidendi ratio illa est, quam Vlpianus exprimit, quia & in quinque illis, quæ dominus hic pro seruo suo iam soluit, debitorem sibi seruum fecit, qui proinde non minùs remanet debitor in decem, quàm si nihil dominus deduxisset: nam quod ad seruum pertinet, nihil deduxisse dominus intelligitur, cùm seruus in peculio suo vicarium retinuerit. Et ex decem, quæ dominus nunc deducit, quinque sunt, quæ ex noua causa debentur, illa scilicet, quæ pro seruo dominus præstitit priori creditori: nec enim antea domino debebantur, sed quinque duntaxat. Hæc verò quinque, iam olim domino debita, etiamnum debentur, quia soluta non sunt, sed deducta verbo tantùm per vicarij retentionem, qui tamen in eodem, vt dixi, mansit peculio. Nam si seruo ademisset dominus vicarium, vt sibi solueret (quomodo poterat adimere, si voluisset, non quidem iure deductionis, quia quinque duntaxat ei tum debebantur, cùm priore iudicio de peculio conuentus fuit, sed quia præstando creditori quinque pro seruo fecerat se creditorem in decem) nihil posset nunc in posteriore iudicio deducere, tanquam qui iam tota decem sibi soluisset per ademptionem vicarij, quamuis postmodum defuncti, cùm periisset domino non seruo, iuxta ea quæ diximus ad §. præcedentem. Parumque refert, an priori creditori quinque tantùm deberentur, an decem. Vtroque enim casu, æquè decem in posteriore iudicio deducentur. Ponendum tamen est, vt posuimus, debita ei fuisse decem, non quinque duntaxat. Alioqui non debuisset Iulianus scribere, dominum priore iudicio conuentum de peculio, quinque tantùm pro seruo præstitisse, quoniam ipsi quinque debebantur. Siquidem etiamsi nihil debitum fuisset domino, non tamen potuisset dominus pro seruo plus, quàm quinque præstare creditori, cui non nisi quinque debita fuissent.

Quod au-

6 ¶ Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio conuenitur: ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit.

Ad §.6 Quod autem.

RAT. DVB. Deductio parit retentionem, nam quod ex peculio deducitur, retinetur. Atqui melius & commodius est, domino retinere, quàm petere *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Non ergo dominus eo minùs deducere ex peculio debet ea quæ sibi debentur, quòd aliunde possit per actionem ea consequi, vel in totum, vel ex parte. DEC. Priuilegium deductionis quod domino datum est, vt conuentus de peculio ex persona serui possit deducere ex peculio id, quod sibi debetur (sic enim vocatur in *l. ex facto 52. infr. hoc tit. l. procuratoris 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. act.*) non aliam rationem habet, quàm æquitatis, & necessitatis, ne alioqui moretur dominus in damno si beneficium deductionis, & retentionis ei denegetur cùm actionem aduersus seruum suum habere nullam possit, ideoque præuenisse alios omnes creditores, & cum seruo suo prior egisse, sibique soluisse creditur *l. sed si damnum 9. §. peculium supr.* Atqui nihil tale verendum est, cùm dominus aliunde quàm ex peculio consequi indemnitatem suam potest, vt in specie *l. 4. §. si opem supr.* Illud igitur temperamentum meritò inducendum fuit, vt eo casu non posset ex peculio quicquam deducere, vt scilicet creditori agenti de peculio prospiceretur, quem alioquin ex deductione per dominum facta damno affici necesse esset. Quippe qui ex contractu serui nullam nisi de peculio actionem habeat, nec aliunde quàm ex peculio indemnitatem suam sperare possit. Æquum sanè est domino priùs consuli, sed longè æquius vtrique prospici, id est, etiam creditori. Vt quantum fieri potest, neutra pars lædatur *l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matr.* Excipe tamen casum *l. quod seruus 56.* vbi dicemus *infr.*

7 ¶ Denique Iulianus scribit, venditorem, qui seruum cum peculio vendidit, si de peculio conueniatur, non debere deducere, quod sibi debetur. potuit enim hoc ex ratione peculij detrahere, & nunc condicere quasi in debitum: quoniam non est in peculio, quod domino debetur. potest (inquit) etiam ex vendito agere. quod ita erit probandum[a], si tantùm fuit in peculio, cùm vendere, vt satisfacere debito dominus possit. ceterùm si postea quid accessit, condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat: contrà erit dicendum.

Ad §.7. Denique Iulianus.

RAT. DVB. Actio de peculio quæ intra annum datur aduersus dominum, qui seruum suum siue cum peculio, siue absque peculio vendidit, eadem actio est, quæ contra dominum daretur perpetua, si venditus seruus non esset, easdemque deductiones recipit, & condiciones *l. 2. infr. tit. prox. iunct. l. 1. eod.* Atqui in actione de peculio perpetua deducitur id omne, quod domino debetur, vt docuimus in præcedentibus. Ergo & eum dominus seruum suum vendidit, etiamsi cum peculio vendiderit, si tamen actione de peculio conueniatur, æquè permittendum est, vt deducat, quod sibi debetur. Neque enim credendus est, ius illud deductionis transtulisse in emptorem, cùm venditor ipse sit, qui conuenitur, nec quod venditori debetur, etiam emptori debeatur.

DEC. Non habet dominus priuilegium deducendi ex peculio, quod sibi debetur à seruo, si aliunde possit id consequi, vt dictum est in *§. prox. præced.* Atqui in proposita specie habet venditor duplicem actionem, per quam possit indemnitati suæ prospicere, condictionem indebiti per quam repetat, quod ex peculio soluit ad concurrentem vsque debiti sui quantitatem, quia non est in peculio id, quod domino debetur, cùm non sit verisimile dominum id concedere seruo in peculium habere, quod sibi debetur *l. sed si damnum 9. §. præterea supr.* poteratque venditor etiam post venditum cum peculio seruum, tradendo peculium detrahere ex ratione peculij id, quod sibi debebatur quasi nec venditum, & prætereà actionem ex vendito, quæ cùm sit bonæ fidei danda est, venditori ad consequendum id omne, quod bonum & æquum est, licèt non desit alia strictior actio *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* adeoque si opus sit etiam ad rescindendam ipsam venditionem *l. ex empto 11. §. is qui vina infr. de act. empt.* Nihil ergo causæ est, cur in hac specie danda domino sit deductio in præiudicium creditoris agentis de peculio, cùm domino, eidemque creditori aliter consultum esse possit, creditori verò non possit.

a *Quod ita erit probandum.* Restrictio hæc est ad posteriorem partem sententiæ Iuliani, qua parte dat venditori actionem ex vendito contra emptorem, cui vendidit seruum cum peculio, ad repetendum id omne, quod deduci ex peculio potuit, nec tamen deductum est. Ait enim Vlpianus non vsquequaque id probandum esse, sed cum hac distinctione, si tantum fuit in peculio serui, cùm dominus venderet, quantum erat in debito, vt scilicet ex eo peculio satisfacere debito dominus posset. Nam si postea quid accesserit peculio quod dominus non distraxerat, contrà erit probandum, inquit Vlpianus, id est, non erit ferendum, vt venditor actione ex vendito repetat omne id, quod sibi debetur, eo prætextu quòd hodie tantum sit in peculio, quantum satis est, ad satisfaciendum domino. Non enim actio ex vendito porrigi potest vltra id, quod venditum est, & quod peculio vendito accessit extra causam venditionis, emptori proficere debet non venditori. Sunt tamen qui verba illa *si quid posteà accessit*, intelligere malint de eo, quod accesserit debito ad illud augendum, puta si debitum fuit vsurarium, vt sensus sit, non esse dandam actionem domino eidemque venditori, contra emptorem ex vendito ad omne id, quod ho-

diè debeatur propter vsurarum fortè accessiones, quæ post factam venditionem deberi cœperint, sed sufficere illi debeat habere actionem ex vendito ad eam vsque debiti quantitatem, quæ venditionis tempore debebatur *arg. l. diuortio 35. §. vlt. supr. de negot. gest.* Pro qua interpretatione faciunt verba illa *condicionibus debiti existentibus*, nisi quod pro *existentibus* mallem legere *exigentibus*. Alia enim condicio est debiti gratuiti, alia vsurarij. Sed vereor ne huic interpretationi non satis conueniant verba illa, quæ apud Vlpianum sequuntur, *quod dominus non distraxerat*, quæ nemo non videt referri ad debitum non posse, sed ad peculium, nisi malles rursum pro *distraxerat* legere *detraxerat*: nam & paullo antè scriptum est, *potuit enim hoc ex ratione peculij detrahere*. Et ita mihi omnino videtur. Alioqui non minùs difficile erit aptare priori interpretationi verba illa *condicionibus debiti exigentibus*, & quis eorum sensus esse possit, dicere, multo minùs si legas *existentibus*. Sic namque interpretari ac si scriptum esset, *si quid postea accesserit peculio*, per quam accessionem fiat, vt hodie satisfieri in totum possit venditori, cui antea satisfieri non potuisset, si modò condiciones debiti extiterint, non eo magis tamen permittendum venditori, vt agat ex vendito ad totum debitum consequendum, non videtur mihi probabile, cùm neque de condicionali debito Vlpianus hîc loquatur, neque debitum vllo modo dici possit, quod sub condicione debetur, antequàm condicio extiterit *l. cedere diem 213. de verb. signific. l. is cui 42. de oblig. & action.*

8 ¶ Idem scribit: si quis seruum, cuius nomine de peculio habebat actionem, comparasset: an possit deducere, quod sibi debetur: quoniam aduersus venditorem habeat actione de peculio, & rectè ait posse. nam & quiuis alius potest eligere, vtrum cum emptore, an cum venditore ageret. hunc igitur eligere pro actione deductionem. nec video quid habeant creditores, quod querantur: cùm possint ipsi venditorem conuenire, si quid forte putant esse in peculio.

Ad §. 8. Idem scribit.

Rat. dvb. Non potest dominus serui conuentus actione de peculio deducere ex eo quod sibi debetur, si aliunde consequi indemnitatem possit §. *quod autem supr.* Atqui cùm quis seruum comparauit, cuius nomine habebat de peculio actionem, habet vtique aduersus venditorem actionem de peculio, scilicet intra annum *tit. prox. infr.* Ergo si conueniatur ipse, ex eiusdem serui persona actione de peculio tanquam nouus dominus, non est ei concedendum, vt aduersus creditorem agentem deducat id, quod sibi debetur.

Dec. Quilibet creditor serui venditi eligere potest, contra quem malit agere de peculio, an contra venditorem intra annum, ex parte illa edicti, de qua in *l. 1. in princip. infr. tit. prox.* an potiùs contra emptorem tanquam dominum actione perpetua. Ergo cùm idem est emptor, & creditor, nihil impedit quominùs eligat pro actione deductionem, id est, quominùs deducat, quod ab alio quolibet emptore consequi per actionem posset, & à seipso si posset secum agere: habet enim hæc deductio velut instar actionis, vt etiam secum egisse videatur, vt & in specie *l. 9. § peculium & §. præterea supr.* Neque verò habent cæteri creditores quod conquerantur, quorum tamen duntaxat gratia de iure deductionis quæritur, vt per eiusmodi deductionem, quàm minimùm fieri potest, lædantur. Possunt enim ipsi quoque venditorem conuenire de peculio, si quid fortè putant esse in peculio. Et cùm habeant electionem, an cum eo agere velint, an cum emptore admissa deductione. Non debet deterioris condicionis esse emptor idemque creditor: quomodo esset si contra venditorem agere de peculio cogeretur. Amitteret enim actionem quam habere deberet, contra quemlibet alium emptorem & quam exercere aduersus seipsum non potest, si non ei liceret pro actione illa impossibili possibilem eligere deductionem. Iunge *l. si ex duobus 32. §. pen. infr. hoc tit.*

9 ¶ Non solùm autem, quòd ei debetur, qui conuenitur, deducendum est: verùm etiam si quid socio eius debetur. & ita Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. nam qua ratione insolidum alteruter conuenitur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri debetur. quæ sententia recepta est.

Ad §. vlt. Non solùm autem.

Rat. dvb. Quod inter alios actum est, aliis neque prodesse debet, neque nocere *tot. tit. C. int. alios action. aliis non nocer.* Ergo non est ferendum, vt qui actione de peculio conuenitur deducat, quod debetur alteri *l. sed in emptore 13. infr.* Satis enim magnum priuilegium domini est, vt possit deducere quod sibi debetur, nec vsque adeò extendendum est ad iniuriam & perniciem creditorum agentium de peculio, vt id etiam quod alij debetur deducatur. Sunt enim priuilegia omnia etiam quæ in corpore iuris clausa sunt, minùs fauorabilia, tanquam prohibita iis verbis legis duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto*, & consequenter restringenda potiùs, quàm vel amplianda, vel multiplicanda.

Dec. Ius deductionis huius sicut habet pro causa naturalem obligationem, ita totum pendet ex naturali æquitate §. *sed si à debitore supr.* Naturalis autem æquitas facit, vt qui conuenitur actione de peculio possit deducere non tantùm id, quod sibi, sed etiam quod socio debetur. Quemadmodum è contrario, pro eo quod vnus ex sociis debet, alius quoque socius conueniri, & quidem in solidum potest. Eademque viget vtroque casu ratio & iuris & æquitatis, cùm societas faciat omnia

inter eos

inter eos communia *l. 1. & pass. infr. pro socio. l. quod debetur 51. infr. hoc tit. l. 3. in princip. supr. de tribut. act.* Vt societatis commoda eum sequantur quem sequuntur incommoda ex regula *l. secundum naturam est 10. de regul. iur.* Nec possunt creditores peculiares hoc incommodum recusare, pro quo habent etiam hoc commodum, vt quem ex sociis velint aduersarium sibi possint eligere. Illum etiam cum quo non contraxerunt, adeóque penes quem peculium non est vt subiicitur in *l. seq.*

12. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

QVia hoc casu etiam cum eo agi potest, penes quem peculium non est.

Ad l. Quia hoc casu 12.

RAT. DVB. Actio de peculio habet denominationem suam à peculio, nec aliam causam, quàm peculium: ergo non potest contra eum dari penes quem non est peculium. DEC. Societas inducit communicationem bonorum omnium inter socios & quidem sola conuentionis potestate & traditionis cuiusdam tacitæ, quæ inter eos interuenire creditur *l. 1. §. 1. & l. 2. infr. pro socio.* ac proinde facit, vt peculium quod seruus communis habet vtriusque socij esse intelligatur. Hoc verò sufficit, vt alteruter de peculio in solidum conueniri possit, licèt peculium penes alium sit quā penes eum qui conuenitur. In hac enim actione non tam inspiciendū est penes quem, quàm cuius sit peculium, & quamuis peculium non sit vtriusque in solidum, quia duo eiusdem rei domini in solidum singuli esse nō possunt *l. 5. §. si duobus supr. commod. l. de hereditate 19. §. pater. de castrens. pecul.* Singuli tamen socij in solidum conueniuntur, quoniam qui cum seruo communi contrahit, vniuersum eius peculium quod vbicumque est velut patrimonium intuetur *l. si ex duobus 31. in fine principij infr. hoc tit.* Nec debet in plures aduersarios distringi qui cum vno contraxit *l. & ancillarum 27. §. vlt. eod. l. 2. supr. de exercit. act.* Is tamen qui conuenitur in solidum audiendus est, si actionem quā contra socium habet præstare paratus sit *l. quod debetur 51. in fin. infr. hoc tit. Junge l. quare 28. & quæ ibi dicam infr.*

13. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd in emptore & venditore vera non est. item in fructuario & proprietario, & cæteris, qui non sunt socij. sed & in domino, & bonæ fidei emptore. nam & Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit, neutrum eorum deducere id, quod alteri debetur.

Ad l. Sed in emptore 13.

RAT. DVB. Eadem solet esse causa emptoris siue ad petendum, siue ad defendendū, quę fuit auctoris, id est, venditoris *l. inuitus 156. §. pen. de regul. iur.* ideoq. solet exceptio rei iudicatę à vēditoris persona ad emptorem transire *l. si à te 9. §. vlt. infr. de except. rei iudic.* quamuis dici soleat res inter alios iudicatas aliis nec prodesse debere nec nocere *Tot. tit. Cod. int. alios act. & quib. res indic. non nocet.* Fructuarius autem in plerisque censetur veluti procurator proprietarij *l. 1. §. vltim. infr. de oper. noui nunciat.* Denique bonæ fidei emptor in plerisque loco domini est *leg. bona fidei 48. de acquir. poss.* quia bona fides tantùm possidenti præstat quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* Ergo siue emptor serui ex cuius persona & contractu agitur de peculio, conueniatur deducere poterit non tantùm quod sibi, sed etiam quod venditori debetur in cuius locum & ius successit, siue fructuarius conueniatur deducere poterit similiter etiam id quod debetur proprietario, denique bonæ fidei emptor quod debetur etiam domino. DEC. Alia persona est venditoris, alia emptoris: alia item fructuarij, alia propritarij: alia denique domini, alia bonæ fidei emptoris; habéntq; hi omnes iura separata, & ex separatis causis manantia *l. 1. §. 1. & infr. de SC. Silan. l. pen. de acquir. poss. iunct. l. naturaliter 12. §. nihil commune eod.* Et quamuis succedat emptor in ius & locum venditoris, non ideo tamen eadem persona esse intelligitur, quia vniuersalis successor non est, sed singularis, in quem proinde obligationes personales siue actiuæ siue passiuæ non transeunt, nisi quæ sunt venditæ *leg. vltim. §. 1. infr. de contr. empt. leg. 1. §. si heres ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo quod priuilegium datum est domino, vt possit in actione de peculio id deducere quod sibi debetur, non æquè dandum est emptori vt possit deducere quod debetur venditori. Nec fructuario vt deducat quod debetur proprietario, nec denique bonæ fidei emptori vt deducat quod domino. Secundùm ea quæ in dubitandi ratione diximus ad *§. vltim. l. si noxali 11. supr.* Idémque dicendum generaliter de iis omnibus qui socij non sunt, quia soli socij excipiuntur propter eam diuersitatis rationem quam attulimus *ad d. §. vltim.* dummodò sciamus socios hac parte habendos esse eos etiam inter quos seruus communis est, quamuis sine societate, quia quod ad hunc seruum attinet habentur pro quodammodo sociis & eodem iure censentur *leg. 3. in princip. supr. de tribut. act. l. & ancillarum 27. §. vltim. infr. hoc tit.* tanquam quos non consensus, sed res ipsa coniunxerit ad societatem vt Paulus loquitur in *leg. heredes 25. §. non tantùm suprà famil. ercifcund.* Extra hos casus numquam ferendum est, vt in actione de peculio alius deducat quod alij debeatur, vt ex eiusdem Iuliani authoritate Vlpianus hîc comprobat, cuius sententiam contrariam in sociis receptam esse dixerat, ne quis fortè Iuliani authoritate abuteretur ad eandem sententiam ampliandam, & ad cæteras quoque personas de quibus diximus protrahendam.

14. IVLIANVS libro 14. Digestorum.

ITẽ cũ testamẽto præsẽti die seruus liber esse iussus est: cũ omnib. heredibus dẽ peculio agẽdũ est. nec quisquã eorũ ampliùs deducet, quã quod ipsi debeatur.

Ad l. Item cum testamento 14.

RAT DVB. Non debet in plures aduersarios distringi is qui cum vno tantùm cõtraxerit *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr. l. 2. supr. de exercit. act.* Atquin is qui cum alieno seruo contraxit quem dominus testamento præsenti die liberum esse iussit, non nisi cum vno contraxit, cuius totum peculium veluti proprium ipsius patrimonium intuitus est *d. §. vlt. & l. si ex duobus 32. in fine principij infr. hoc tit.* Ergo non debet in plures distringi aduersarios vt cum heredibus omnibus de peculio agendum habeat, sed permittendum ei est, vt contra singulos in solidum experiatur. Præsertim cùm heredes omnes quotquot sunt vnam vnius defuncti personam repræsentent sicut hereditas *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* eadémque cum ipso persona esse censeantur *Nouell. 48. de iuretur. à morient. præst* DEC. Iura omnia defuncti diuiduntur ipso iure per legem 12. tabularum inter heredes omnes pro hereditariis portionibus *l. 1 C. si cert. pet. & tot. tit. Cod. de hered. action. l. 1. & 2. C. si ex plurib. hered. debit.* Exceptis iis iuribus quæ ipso iure indiuisibilia sunt *l. heredes 25. §. an ea stipulatio supr. famil. ercisc.* & meritò, quia cùm diuidat hereditatem in tot portiones in quot testator eam distribuit, aut quot sunt eorum capita qui ad legitimam intestati successionem vocantur, non debuit facere aut permittere vt vnus pro alio conueniretur, quasi tot constitutis per fictionem hereditatibus, quot sunt portiones hereditariæ *l. in singulis 77. infr. ad legem Falcid. & §. 1. Instit. eod. tit.* Atqui ius actionis de peculio, itémque ius deductionis faciendæ in actione de peculio commodè scindi potest, vt scriptum est in fine huius legis. Neque est ex genere eorum indiuiduorum quorum petitio aut præstatio non magis in heredum personis quàm in persona defuncti scindi potest, de quibus in *l. 2. §. 1. de verbor. obligationib.* & in quibus tantùm illud obtinet quod subijcitur in *§. ex his eiusdem legis*, ex persona heredum condicionem obligationis immutari non posse. Ergo benè Iulianus dixit, cum omnibus heredibus hoc casu de peculio agendum esse, scilicet pro hereditariis portionibus, si pro iisdem portionibus peculium penes eos sit. Alioqui conueniendi erunt de peculio singuli heredes, non pro partibus hereditariis, quomodo ratione cæterorum onerum hereditariorum, neque in solidum, quomodo socij solent, sed pro iis tantùm partibus quas in peculio habebunt, quia actio de peculio nõ tam hereditatis quàm peculii onus est, vt dicemus ad *l. si quis seruũ 29. infr. ex l. quæsitum 30. §. 1. l. si ex duob. 32. in prin. infr.* nec proinde quẽquã eorũ amplius deducturũ, quã quod ipsi debeatur. Non enim permittendũ est vt vnus deducat, quod alteri debetur ex cuius persona non conuenitur.

1 ¶ Item cùm seruus viuo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures hæredes reliquit: & de peculio actio, & deductionis ius scinditur.

Ad §. 1. Item cùm seruus.

RAT. DVB. Ex persona heredum condicio obligationis, & actionis quæ ex ea obligatione contra defunctum competiit immutari non potest *d. l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* Atqui cùm seruus viuo domino mortuus est cœpit actio de peculio intra annum competere aduersus dominum *l. 1. infr. tit. prox.* eáque actio in persona domini fuit indiuidua, & in qua non potuisset ille pro parte se defendere, vt nec alius quilibet debitor aut promissor *l. 4. in fin. de verb. oblig.* ideóq; & in solidum deducere potuisset quod sibi debebatur. In eoq; differt hic casus à superiore, in quo numquam actio de peculio annalis cœpit competere cõtra defunctũ, qui in testamento duntaxat seruum suum manumisit. Non enim habet effectum manumissio nisi post mortem domini, adeoque post aditam hereditatem: ergo dicendum est si dominus serui iam mortui plures heredes reliquerit intra annum, nec actionem de peculio annalem, nec ius deductionis inter heredes scindi debere.

DEC. Ius actionis annalis de peculio non minus quàm actionis perpetuæ diuiduum est, itemq; vis deductionis, ergo diuiditur ipso iure per legem duodecim tabularum inter plures defuncti domini heredes, quamuis non tam pro hereditariis, quã pro peculiariis portionib. si aliæ partes quã hereditariæ factæ sint in diuidẽdo peculio, vt diximus proximè. Nec ad hoc genus obligationis & actionis diuiduæ pertinet quod scriptũ est in *d. §. ex his*, sed ad obligationes & actiones indiuiduas sui natura, & quæ ideo per legẽ duodecim tabularũ diuidi non possint ne quidẽ inter heredes vt constat ex verbis illius *§ & ex l. heredes 25. § an ea stipulatio supr. famil. ercisc.* Nã in obligationib. diuiduis aliud proculdubio iuris est, vt quãuis promissor non possit pro parte se defendere, heredes tamẽ eius possint, qui nec in solidum cõueniri possũt, nec pro ea parte peculij quæ ad alios coheredes pertinet, sed pro portione suæ quisq. hereditaria, & peculiari, diuisio enim illa quæ fit per legẽ duodecim tabularum impedit ne in hereditate socij esse videantur *l quæsitũ 30. §. 1. infr. hoc tit.* Iunge *l. si ex duob. 32. in princ.* vbi eadẽ quæstio fusiùs tractatur *infr.* & additur vnum ex pluribus istis heredibus conuentum liberare cæteros ipso iure quamuis non etiam ex æquitate: conueniri autem posse & debere pro ea parte peculij quæ penes eum est. Quod intellige siue pars illa maior sit, siue minor portione hereditaria. Nam in solis sociis receptum est vt etiam is penes quem peculium nullum est de peculio tamen in solidum conueniri possit *l. 12. supr.*

15. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si duo sint bonæ fidei possessores: adhuc dicendum erit, neutrum plus deducturum, quàm quod sibi debetur. idémque & si duo sunt fructuarij [a], quia nullam inter se habent societatem. idem dicetur interdum & in sociis [b]: si fortè separata apud se peculia habeant: vt alter alterius peculij nomine non conue-

conueniatur. cæterùm si commune sit peculium: & in solidum conuenientur, & deducetur, quod vtrique debetur.

Ad l. sed si duo sint.

RAT. DVB. Cùm duo sunt domini eiusdem serui, potest vnus ex ipsis conueniri de peculio in solidum, ne in plures aduersarios distringatur creditor qui cum vno contraxit, & vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium intuitus est *l. & ancillarum 27. §. vlt. l. si ex duobus 32. in fine principij infr.* vt dixi *ad l. sed in emptore 13. supr.* habetq; is qui conuenitur in solidum ius deducendi ex peculio etiam id quod alij debetur *l. 4. supr. de tribut. act.* Atqui duo bonæ fidei emptores duorum dominorum iure censentur propter bonam fidem quæ possidenti tantùm præstat quantùm veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136.* Ergo æquè dicendum est posse illos singulos & in solidum deducere etiam quod alij debetur, qui non conuenitur. Nam & vno eorum conuento certum est alium ipso iure liberari *l. si ex duobus 32. in princip. vers. sed etsi plures infr.* DEC. Bonæ fidei possessores neque domini sunt neque pro dominis habendi absolutè ac in omnibus, sed in quibusdam tantùm puta cùm tractatur de acquisitione fructuum bona fide perceptorum *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* Nam in cæteris ferè omnibus lex impedimento est, ne possit bona fides tantum præstare possidenti quantùm veritas cùm bona fides non sit modus legitimus acquirēdi dominij aut quasi dominij. Ergo non quemadmodum in duobus dominis eiusdem serui obtinet vt possit vnus deducere etiam id quod alij debetur *d. l. 4. de tribut. act.* Ita & in duobus bonæ fidei possessoribus probandum est, & ratio euidens diuersitatis illa est, quia non sicuti plures domini, ita & plures bonæ fidei possessores in solidum de peculio conueniri possunt, sed eorum quisque de eo peculio quod penes se habet *l. si ex duobus 32. vers. sed et si plures infr.* Nec proinde æquum est, vt possit vnus deducere quod alij debetur, cùm ex sua non ex alterius persona conueniatur: quod in duobus eiusdem serui dominis diuersum est *d. l. & ancillarum §. vlt. d. l. 4. de tribut. act.* Duo enim domini eiusdem rei sunt in ea re quodammodo socij vt dixi *ad d. l. sed in emptore.* At duo bonæ fidei possessores nullam habent inter se societatem sicut nec duo fructuarij, vt sequitur in textu. Mallem ego in principio huius legis legere, *sed et si*: est enim hæc dictio *sed* hîc continuatiua, non aduersatiua.

a *Idemque etsi duo sunt fructuarij.* RAT. DVB. Duo fructuarij melius comparantur duobus eiusdē serui dominis, quàm duo bonæ fidei possessores: habent enim dominium vsusfructus, ideoq; & vindicationem eius habent *Tot. tit. supr. si vsusfr. petat. l. 1. §. vlt. infr. de noui oper. nunciat. quæ non nisi dominis datur l. in rem 23. supr. de rei vindicat. l. Quintus 25. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Præter id quod vsusfructus in multis casibus pars dominij est, *l. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufruct.* aut saltem portionis instar obtinet *leg. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2. l. qui vsumfructum 58. de verb. obligat.* quia emolumentum rei continet *d. §. dominus.* Proinde possunt duo fructuarij videri quodammodo socij in vsufructu sicut & duo domini eiusdem serui vt eorum vnusquisque possit conueniri in solidum de peculio, atque ita deducere id quoque, quod alij debetur *dict. l. & ancillarum 27. §. vltim. infr. hoc titul. iunct. dict. leg. 4. supr. de tribut. act.* præsertim si non alternis annis fruantur, quod plerunque fit vt in *leg. quoties 34. supr. de vsufr. leg. 2. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* vel eiusdem temporis vsumfructum inter se partiantur vt in *leg. 1. & tot. tit. de vsufr. adcresc.*

DEC. Vsusfructus in iure non in parte consistit *l. Mauius 66. §. fundo de legat. 2. leg. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* nec malè quis fundum suum dicit etiam cuius vsusfructus alienus est *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Nulla ergo dominij societate duo fructuarij iunguntur, nec magis inter se quàm cū domino proprietatis. Ergo nec bona est eorum comparatio cum duobus eiusdem serui dominis, vt exemplo plurium dominorum, possit eorum quisque in solidum conueniri de peculio, & is qui conuenitur deducere quod alij debetur. Sunt verò similiores duobus bonæ fidei possessoribus, vt possit vnusquisque de eo peculio conueniri, quod penes se habet non vltra *dict. leg. si ex duobus 32. versic. sed etsi plures infr. hoc tit.*

b *Idem dicetur interdum & in sociis.*

RAT. DVB. Societas facit commune peculium serui communis, sicut & cætera bona omnia sociorum communicat, si sit vniuersalis *l. 1. & 2 infr. pro socio.* Ergo facere debet vt & in solidum vnusquisque ex sociis possit de peculio conueniri, non pro ea tantùm parte quam habet in peculio, aut pro qua peculium penes ipsum est, & vt conuentus possit deducere, non tantùm quod sibi, sed etiam quod socio debetur *l. si noxali 11. §. vlt. & l. seq.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

DEC. Regulariter quidem ita est, sed interdum fieri potest, vt socij peculia habeant separata, ne alter alterius peculij nomine conueniatur: quod cùm accidit non potest inter eos commune esse peculium, cùm expressa conuentio faciat cessare tacitam traditionem, quæ ad inducendam illam communicationem interuenire creditur *d. l. 2. infr. pro socio.* extra hunc casum & alios qui proponuntur in *l. seq.* peculium commune est, & in solidum conuenientur singuli, & deducet conuentus vnus quod vtrique debetur *d. l. si noxali §. vlt.*

16. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

QVis ergo casus est, quo peculium serui communis ad alterum ex dominis solum pertineat? in primis, si quis serui partem dimidiam vendiderit: nec peculium ei concesserit. deinde si quis seruo communi [a] pecuniam, vel res aliquas ea mēte dederit, vt proprietatem earum retineret, administrationem autem seruo concederet. Marcellus notat [b]: Est etiam ille casus, si alter ademerit, vel si omni quidem modo concesserit dominus: sed in nominibus erit concessio.

Ad l. Quis ergo casus 16.

Non satis aptè videtur hæc lex iuncta esse superiori: nam in superiore quidem dicitur posse aliquo casu peculium serui communis esse non commune: sed quis ille casus sit, statim exprimit Vlpianus, si fortè socij separata apud se peculia habeant ac Iulianus hîc casum quærit in quo non plura & separata sint eiusdem serui peculia, sed vnicum duntaxat, quod tamen ad alterum ex dominis solum pertineat, de quo in lege præcedente Vlpianus nihil dixerat. Duos ergo casus adfert Iulianus in quibus peculium serui communis ad alterum ex dominis solum pertineat, primus est, si vnus ex dominis partem suam serui communis vendiderit, nec peculium ei concesserit. Nec enim seruus vnquã venditus intelligitur cum peculio nisi expressè dictum sit *l. quoties 29. infr. de contr. empt.* hoc enim casu peculium huius serui non ad alium pertinere potest, quàm ad eum qui partem suam serui non vendidit, cùm emptor qui eiusdem serui dominus nouus est nullam partem in eius peculio habeat. RAT DVB. Peculium quod non est venditũ ab eo qui partem suam serui vendidit, penes ipsum remanet *d. l. quoties*: ergo non ad alterum ex dominis solum pertinet DEC. Pertinet quidem ad venditorem serui, sed qui per serui traditionem emptori factã desiit esse dominus cùm fecerit emptorem dominum partis Proinde cùm emptor dominus sit serui pro parte, nec vllam tamen peculij partem habeat: & rursus, venditor partem quidem suam peculij retineat quã non vendidit, nulla tamen ex parte dominus sit serui, quia suam vendidit Consequens omnino est, vt quod penes hunc seruum remanet peculium totum pertineat ad solum dominum qui partem suam non vendidit. Sed totum, inquam, quod remanet post venditionem, non totum quod fuit antè quàm pars serui ab alio domino venderetur.

a *Deinde si quis seruo communi.* Secundus casus est à Iuliano obseruatus in quo euenit, vt peculium serui communis totum pertineat ad alterum solum ex dominis, si quis seruo communi nullum adhuc peculium habenti pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, vt proprietatem eorum ipse retineret, administrationem verò solam seruo concederet.

RAT. DVB. Quod seruo communi datur ab vno ex dominis cùm acquiri non possit ei qui dat, necesse est vt alij condomino vel si plures sint socijs omnibus & condiuisoribus acquiratur. Nam quod alicui ex dominis acquirere non potest, id alijs qui ad obligationem admittuntur vt acquirat necesse est. *l. proinde 7. in fin. l. item si seruus 9. in princip. infr. de stipul. seruor.* Siquidem persona serui communis eius condicionis est vt in eo quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur ac si solius eius esset cui acquirendi facultatem habeat *l. 1. § communis seruus in fin. eod.* Ergo hoc casu peculium non potest ad eum solum pertinere, qui dedit. vt Iulianus credidit, sed ad eum qui non dedit, vel solum, vel saltem pro parte.

DEC. Cùm vnus ex dominis seruo communi pecuniam dat in eius potestate est quemadmodum datã velit. Nam si hoc sũ egerit, vt ea pecunia separaretur à sui rationibus, & in peculio serui esset, vt in hoc casu Iuliani, remanebit eiusdem domini proprietas, & administratio sola serui erit vt peculij: si verò eo modo pecuniam seruo communi dederit quomodo alienis seruis dare & donare solemus, fiet alterius domini, aut sociorum, si plures alij domini sint, communis pro parte quàm in eo seruo habebunt *l. per seruum 37. §. 1. l. quòd si vsufructuarius 49. infr. de acquir. rer. domin.* Atqui ponit Iulianus vnum ex dominis dedisse communi seruo pecuniã vel aliquas res ea mente vt proprietatem earum retineret: solam verò administrationem seruo concederet. Erunt ergo hoc casu pecunia aut res illæ sic datæ in peculium, & quidem tale quod totum pertineat ad eum qui dedit: nulla verò ex parte ad condominum qui nihil dedit. Non enim pendet hoc ex iuris tantùm potestate, sed potissimùm ex dantis domini voluntate *d. l. per seruum §. 1.*

b *Marcellus notat.* Adiiciuntur ex Marcelli notis ad Iulianum duo alij casus in quibus accidit, vt peculium serui communis totum pertineat ad vnũ ex dominis. Primus est, si alter ex dominis peculiũ ademerit: nihil enim vetat vnum ex dominis adimere peculium, alium verò non adimere. Alter est, si omni quidẽ modo dominus concesserit peculiũ seruo, id est, non adhibita ea distinctione quã adhibuit Iulianus in hac ipsa lege, & in *d. l. per seruum §. 1.* sed in nominibus erit concessio. Primus casus nullam habet dubitationem, cùm ademptione peculium moriatur, quòd habebat seruus communis ab eo ex dominis qui ademit: pro parte verò illius qui non ademit peculium maneat, nec ad alium pertinere possit, quàm ad eum ipsum dominum solum qui non ademit, de illo tantùm quæri potest: an si ademptum sit peculium post pecuniam seruo communi creditam & in rem alterius ex dominis versam, possit agi de in rem verso contra eum qui ademit, & pro qua parte cùm iam de peculio agi non possit, nequidem intra annum *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Quæ quæstio tractatur ab eodẽ Marcello in notis ad Iulianum in *l. interdum 4. eod. til. titul* vbi diximus longe quæ *de huius legis quæstione* scripsimus *lib. 1. coniect. iur. ciuil. cap* 9 Quod autem ad posteriorem casum pertinet, ratio illa dubitandi afferri potest. quòd cùm vnus ex dominis pecuniam seruo communi absolutè dedit, id est, non retenta sibi proprietate, acquiritur ea pecunia soli condomino, cui soli acquiri potest secundum id quod proximè scripsimus ex *d. l. per seruum 37. §. 1. infr. de acquir. rer. domin. dict. leg... §. communis seruus. & l. item si seruus 9. infr de stipul seruor.* nec valde referre videtur an in pecunia, an in nominibus sit concessio, quomodo Marcellus hîc distinguit, cùm appellatione nominum significetur eã pecunia vel alia res quæ in nominibus aut actionibus sit *l. qui chirographum 59. de leg. 1. leg. si conuenerit 18. supr. de pignor. act.* Sed decidendi ratio subtilior illa est; quòd cùm nomina consistant in actionibus, actiones autem transferri in seruum non possint nec magis vtiles quàm directæ, necesse est manere eas penes dominum. & consequenter peculium quod totum in actionibus consistit, penes eum solum esse qui dedit, non penes alium dominum cui nihil ex eiusmodi concessione acquiri potuit nisi si quid seruo à debitoribus solutum est... Actiones enim non alij possunt competere quàm creditori, nec creditor videri alius dominus, qui neq; donatarius, neq; alio vllo titulo cessionarius est, vt actiones vtiles ex sua persona habeat quas alij cessionarij habent post rescriptũ Diui Pij, de quo in *l. si cum emptore 16. supr. de*

supr. de pact. l. emptor 5. *l. postquàm* 7. *& seq. C. de hered. vel act. vendit. l.* 2. *C. de oblig. & act. l. vlt. Cod. quand. fisc. vel priuat.* Præsertim cùm is qui concedit nomina seruo communi qui exercendarum actionum prorsus incapax est non aliud possit videri concedere quàm quod ex ijs nominibus aut exigetur aut soluetur vt in *d. leg. si conuenerit* 18. *supr. de pignor. act.* Nam & cùm seruus manumissus est à domino inter viuos non adempto ei peculio (quo casu peculium quoque ipsi concessum intelligitur) non aliter tamen potest ille debitores hereditarios conuenire, quàm si mandatæ sint ei à domino actiones *l. si Sticho* 53. *infr. hoc tit.*

17. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI seruus meus ordinarius vicarios habeat: id quod vicarij mihi debent, an deducam ex peculio serui ordinarij? & prima illa quæstio est, an hæc peculia in peculio serui ordinarij computentur. & Proculus & Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarij sunt in peculio, ita etiam peculia eorum, & id quidem, quod mihi dominus eorum, id est ordinarius seruus, debet, etiam ex peculio eorum detrahetur. id vero, quod ipsi vicarij debent, dumtaxat ex ipsorum peculio [a], sed & si quid non mihi, sed ordinario seruo debent [b]: deducetur de peculio eorum, quasi conseruo debitũ: id verò, quòd ipsis debet ordinarius seruus [c] non deducetur de peculio ordinarij serui: quia peculium eorum in peculio ipsius est. & ita Seruius respondit. sed peculium eorum augebitur [d], vt opinor, quemadmodum si dominus seruo suo debeat.

Ad l. Si seruus meus 17.

RAT. DVB. Eodem modo se habet seruus ordinarius ad suum vicarium, quomodo dominus ad seruum ordinarium. Est enim vicarius serui ordinarij quodammodo seruus, vt hæc lex omnium aptissimè, & apertissimè probat. Atqui dominus solus ille est qui detrahit & deducit quod sibi debetur ex peculio quod habet seruus ab ipso domino: ergo nec alius quàm seruus ordinarius potest & debet deducere ex peculio vicarij id quod ipsi debet vicarius, nec rursum si ipsi domino aliquid vicarius debeat ferẽdum est, vt dominus serui ordinarij deducat quicquam ex eo peculio vicarij, quod non tam domini quàm serui ordinarij esse intelligitur.

DEC. Sicut serui ipsi vicarij sunt in peculio serui ordinarij, ita & ipsorum peculia: semper enim res sequitur personam & condicionem personæ. Ergo quemadmodum dominus conuentus actione de peculio ex persona & contractu serui ordinarij potest deducere id quod sibi debetur à seruo ordinario ex peculio ordinarij, ita & ex peculiis vicariorum tanquam quæ ipsa sint in peculio ordinarij, & multo magis quod ab ipsis vicariis ei debetur, deducere poterit ex eorum peculiis. Nec vllam in eo videri potest iniuriam facere seruo ordinario qui ipse eiusdem domini æquè seruus est, & vicariorum suorum non tam dominus quàm conseruus, quique deductionem nullam ex vicariorum suorum peculiis facere potest, cùm eius demum sit deducere qui de peculio conuenitur, seruus autem ordinarius nullo casu conueniri possit ex suorum vicariorum contractibus, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo* 107. *de regul. iur.*

a *Id verò quod ipsi vicarij debent, duntaxat ex eorum peculiis.* RAT. DVB. Peculia vicariorum sunt in peculio serui ordinarij, vt modò diximus. Ergo nihil refert an quod domino serui ordinarij debetur à vicariis detrahatur ex peculio ipsius serui ordinarij, an ex peculiis vicariorum: vtroque enim casu deductio æquè fit ex peculio serui ordinarij.

DEC. Peculia vicariorum separata & separanda sunt non solùm à rationibus dominicis quomodo peculium serui ordinarij *l. depositi* 5. §. *vltim. supr.* sed etiam à rationibus serui ordinarij in cuius peculio sunt *l.* 4. §. *vltim. supr.* non vti ne sint in peculio serui ordinarij, sed ne pro debitis vicariorum, peculium serui ordinarij inquietetur, & ne dominus ex contractibus vicariorum actione de peculio suprà quàm in eorum peculio sit, cõueniatur. Nam quemadmodum inter liberos homines separatio interdum facienda est bonorum defuncti à bonis heredis, idquè propter creditores non heredis, sed defuncti, & postulantibus creditoribus hereditariis, non etiam heredis *l.* 1. *infr. de separat.* Ita & inter seruos eiusdem domini, separandum est peculium serui ordinarij à peculiis vicariorum, non propter creditores seruorum vicarij, sed propter creditores ordinarij, vt conuentus ab iis dominus actione de peculio plus habeat vnde illis satisfaciat, quàm si concursus creditorum qui cum vicariis contraxerunt, admitteretur, quòd si peculium serui ordinarij non sufficiat ad creditores ipsius dimittendos quatenus separatum est à peculiis vicariorum, nemo dubitat quin actione de peculio cogendus sit dominus iis satisfacere ex vicariorum peculiis, tanquam quæ & ipsa sint ex peculio & in peculio ordinarij: fit enim hæc peculiorum separatio ne peculia confundantur, non vt ex peculio serui ordinarij peculia vicariorum detrahantur. Iunge *l. seq. infr. quæ pendet ex hoc versiculo.*

b *Sed & si quid non mihi, sed ordinario seruo debent.* RAT. DVB. Dominus non deducit in actione de peculio quod alij domino debetur nisi sint socij *l. si noxali* 11. §. *vltim. & legib. seqq. supr.* Atqui seruus ordinarius dominus est vicarij sui, non ergo potest dominus serui ordinarij deducere in actione de peculio quod ipsi ordinario debetur, quasi alij domino debitum inter quem & eum dominum qui conuenitur nulla potest videri contracta societas.

DEC. Potest dominus conuentus de peculio deducere non tantùm id quod sibi debetur, sed etiam quod cæteris conseruis, quos habet ille in sua potestate *leg. sed si damnum* 9. §. 1. & §. *huius*

definitioni supr. Atqui seruus ordinarius licet pro domino vicarij habeatur fictione quadam iuris si cum vicario suo conferatur, reuera tamen seruus est eiusdem domini cuius & vicarius, ac proinde si cum domino suo conferatur conseruus est vicarij sui non dominus, sicut è contrario dominus serui ordinarij non minus est dominus vicariorum quàm ordinarij; ergo & quod vicarij debent ordinario potest ex eorum peculiis dominus deducere tanquam conseruo debitum, ac proinde sibi. Quicquid enim debetur conseruo, hoc quoque domino deberi nemo ambigit *dict. §. huic definitioni.*

c *Id verò quod ipsis debet ordinarius seruus.*

RAT. DVB. Potest dominus deducere non tantùm quod sibi immediatè debetur à seruo, sed etiã quod idem seruus debet aliis conseruis qui sunt in eiusdem domini potestate, vt proximè diximus. Atqui quod debet ordinarius suis vicariis, debet vtique suis conseruis. Sunt enim vicarij non minùs conserui eius qui ordinarius est quàm ille conseruus ipsorum: ergo & quod ipsis debet seruus ordinarius deducendum est de peculio serui ordinarij, ex cuius persona dominus de peculio conuenitur.

DEC. Quod seruus ordinarius debet vicariis suis auget peculium vicariorum, & in ipsorum peculio est, sicut & quod dominus seruo suo debet, auget peculium serui si dominus ei debitor manere voluerit *l. quàm Tuberonis* 7. *§. penult. supr.* Atqui pecula vicariorũ sunt in peculio serui ordinarij, sicut & vicarij ipsi sunt: ergo & quod debetur vicariis est in peculio serui ordinarij, proindeq; ex eo deduci nec potest nec debet.

d *Sed peculium eorum augebitur.* RAT. DVB. Peculium vicariorum non potest augeri ex eo quod seruus ordinarius debet quin peculium ordinarij minuatur, vt in rebus naturalibus euenit generationem vnius esse corruptionem alterius. Atqui peculium vicarij est in peculio serui ordinarij vt iam diximus. Ergo eueniet vt peculium ordinarij & augeatur simul, & minuatur, quod tamen absurdum videtur & implicare contradictionem.

DEC. Peculium serui vicarij eodem modo se haber erga peculiũ ordinarij, quomodo se habet peculium ordinarij erga patrimonium domini, quia & ordinarius dicitur dominus vicarij, quomodo dominus dicitur dominus ordinarij, atqui peculium serui ordinarij augetur ex eo quod dominus ipsi debet *dict. l. quam Tuberonis* 7. *§. pen. supr.* Ergo & peculium vicarij augeri conueniens est ex eo quod ipsi ordinarius debet. Neque verò absurdum est aut implicat contradictionem vt peculium ordinarij eodem tempore & augeatur & minuatur, fit enim hoc diuersis respectibus. Augetur in peculio vicarij, minuitur in ipso peculio ordinarij quatenus consideratur separatum à peculio vicarij, quæ separatio necessaria est vt peculium vicarij aliquod constituatur quod alioquin constitui non posset. Item vt separetur causa creditorum serui ordinarij à causa creditorum vicarij. Aliter enim atque aliter deductio facienda est si dominus ex persona & contractu serui ordinarij vel ex persona & contractu vicarij de peculio conueniatur. Cæterùm si vtrumque peculium & ordinarij & vicarij consideretur tanquam vnicum, cuius proprietas ad communem dominum seruorum omnium pertineat, idem manebit & eiusdem quantitatis peculium cuius anteà fuit, hoc est neque auctum reuera neque diminutum. Subtilis sanè hic tractatus est, & verba illa Vlpiani, *vt opinor*, non obscurè innuunt visum illi esse casum hunc habere aliquid dubitationis.

18. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

CVi consequens est: vt si Sticho peculium suum legatum sit, isque ex testamento agit: non aliter cogetur id, quod vicarius eius testatori debet, relinquere: nisi is, id est vicarius peculium habeat.

Ad l. Cui consequens est 18.

Est hæc illatio ex eo quod in præcedente lege scriptum est, in versic. *id verò quod ipsi vicarij debent, duntaxat ex ipsorum peculio.* Nam si ita est vt est, consequens omnino fit vt si Sticho seruo ordinario vicarium habenti testator peculium suum legauerit, & Stichus testamento factus liber ex testamento agat vt consequatur peculium, non aliter cogatur id quod vicarius eius testatori debuit penes heredem relinquere, quàm si is vicarius peculium habeat. Nam cùm non possit deducere dominus ex peculio serui ordinarij quod à vicario debetur: sed tantùm ex peculio vicarij, fatendum est nihil posse deduci aut relinqui ex peculio vicarij quod nullum est. Ratio igitur dubitandi & decidendi ad hanc legem, eadem est quæ ad *dict. versic. Id verò quòd ipsi vicarij debent.* Iunge *l. deposuit.* 38. *§. Stichus*, & quæ ibi dicemus *infr.*

19. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

HInc quæritur, si ordinarij serui nomine actum sit de peculio, an agi possit & vicariorum? & puto non posse. Sed si actum sit de peculio vicarij, agi poterit & de peculio ordinarij.

Ad l. Hinc quæritur 19.

RAT. DVB. Diuersum & separatum est peculium ordinarij serui à peculio vicarij, vt vidimus in *l. si seruus meus* 17. *supr.* ergo non est bona consecutio vt si de peculio actum sit serui ordinarij nomine contra dominum agi posteà non possit & vicariorum. Id enim est quod vulgo iactari solet ex separatis non inferri *vulg. l. Papinianus* 20. *supr. de minor.* Aut si hoc admittimus, quia peculia vicariorum sunt in peculio ordinarij, quasi vnum & idem peculium sit ordinarij & vicariorum, cur non æquè dicimus si actum priùs sit de peculio vicariorum etiam de peculio ordinarij postea agi non posse? quod tamen Vlpianus hîc negat.

DEC. Cùm actum est de peculio ordinarij, etiam

etiam de peculio vicariorum actum esse ideo intelligitur, non quòd vnum,& idem sit peculium ordinarij & vicariorum eius, sed quia peculia vicariorum in peculio serui ordinarij continentur *d. l. si seruus.* At cùm priùs actum est de peculio vicariorum, non idcirco actum videri potest de ordinarij peculio, quia non similiter peculium ordinarij in peculio vicariorum continetur. Non enim sicut id, quod minus est, continetur in eo quod plus est, ita & quod plus est, in eo quod minus *l. 1. §. si stipulanti inf. de verb. oblig. l. in eo* 110. *de regul. iur.* Agendo igitur actione de peculio contra dominum ex contractu serui, tota de peculio actio consumitur, etiam ex contractu & persona vicariorum, quia omne peculium serui ordinarij & consequenter etiam illud quod habuit in peculiis vicariorum, in iudicium deductum intelligitur, non item cùm actum est de peculio ex persona vicariorum duntaxat. Quæ autem ita sunt inter se comparata, vt vnum in alio contineatur, non quid vnum, sed plura sunt. Aliud enim est id quod continet, aliud quod continetur.

1 ¶ Potest esse apud me duplicis iuris peculium. vt puta seruus est dotalis: potest habere peculium, quod ad me respiciat. potest & quod ad mulierem. nam quod ex re mariti quæsiit, vel ex operis suis, id ad maritum pertinet. & ideo si respectu mariti hæres sit institutus, vel ei legatum datum: id eum non debere restituere, Pomponius scribit, si igitur mecum agatur ex eo contractu, qui ad me respicit: vtrum omne deducam, quodquod debetur mihi, siue ex mea causa, siue ex ea quæ ad vxorem respicit: an verò separamus causas quas in duobus peculiis, vt & causa debiti quod petitur spectetur: vt si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectat: id deducam, quod ex eo contractu debeatur: si ex eo contractu, qui ad me respicit, meum deducam? Quæ quæstio dilucidius est in fructuario tractata: vtrum ex eo demum contractu potest de peculio conueniri, quod ad se pertinet, an ex omni? & Marcellus etiam fructuarium teneri, scribit, & ex omni contractu. eum enim, qui contrahit, totum serui peculium, velut patrimonium intuitum, certe illud admittendum omnimodo dicit: vt priore conuento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quæsitum non est, conueniatur. quæ sententia probabilior est & à Papiniano probatur. Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicendum. Sed in marito melius est dicere [a], simpliciter eum de peculio teneri. Sin autem maritus, huiusmodi serui nomine, aliquid præstiterit: an aduersus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit, & ait: si id quod creditori præstitum est ad vtriusque generis peculium pertinebit, pro rata vtrique peculio decedere debere. ex quo intellegi potest, si ad alterum peculium contractus pertinebit, modò soli vxori detrahi, modò non detrahi, si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit.

Ad § 1. Potest esse.

RAT. DVB. Difficile est, vt vnus idemque homo plurium personas sustineat, inquit Paulus in *l. si plures* 9. *supr. de pact.* Atqui non potest quis habere penes se duplicis iuris peculium nisi duorum personas sustineat, vt in eo exemplo videre est, quod hîc adfert Vlpianus, de seruo dotali, qui potest habere peculium vnum, quod ad maritum respiciat, & aliud quod ad mulierem. Id enim fieri non potest quin seruus habeatur, & mariti & mulieris, & vniuscuiusque in solidum, quod tamen fieri nullomodo potest, non magis quàm, vt quis sit in duorum potestate, aut vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, contra *l. si filiusfamilias* 33. *in fin. infr. de testam. milit. l. 5. §. si duobus vehiculum supr. commod. l. de hereditate* 19. *§. pater de castrens. pecul.* Ergo non potest seruus dotalis nec alius quisquam habere penes se duplicis iuris peculium.

DEC. Seruus dotalis ita est in bonis mariti, vt tamen sit mulieris *l. quamuis* 75. *infr. de iur. dot. l. si constante* 24. *§. si maritus infr. solut. matr. l. doce* 9. *C. de rei vindic.* aut si malis sequi Tribonianeam iurisprudentiam dominium rei dotalis subtilitate iuris pertinet ad maritum, re vera tamen est mulieris *l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* Nihil ergo vetat quominùs duplicis iuris habeat peculium, sed diuersis respectibus. Vnum respectu mariti, alterum verò respectu mulieris. Nam quod ex re mariti, vel operis suis quæsiit ad maritum pertinere creditur, cùm id omne sit in fructu, fructus autem rerũ dotalium pertineant omnes ad maritum pro matrimonij ferendis oneribus *vulg. l. pro oneribus* 20. *C. eod. l. dotis fructum* 7. *infr. eod. ill. tit. l. vlt. infr. solut. matr.* Vnde est quod si respectu & contemplatione mariti sit seruus dotalis heres institutus, vel legatum ei datum fuerit marito acquirit, nec debet maritus soluto matrimonio id restituere, *d. l. vlt. solut. matr.* quia is cuius contemplatione seruus heres institutus est, aut legatum accepit, heres aut legatarius scriptus intelligitur *l. si serui* 21. *& seqq. supr. de vsufr. l. seruus dotalis* 58. *solut. matrim. l. si legato* 65. *de iur. dot.* Ex aliis causis quæ nihil com-

mune habent cum fructibus dotis, seruus dotalis acquirit mulieri non marito, & peculium quod habet mulieris est, non mariti *d.l. seruus eod. solut. matrim.* Hic autem tractatus eo pertinet, vt sciamus si maritus actione de peculio conuentus sit ex eo serui peculio, quod ad maritum non ad mulierem respicit, an possit deducere omne quod sibi debetur, siue ex sua causa, siue ex ea, quæ ad vxorem quoque respiciat, an verò separari debeant causæ peculiorum, quasi in duobus peculiis, vt non tam persona serui ex cuius contractu agitur, quàm causa debiti quod petitur, spectetur: vt si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectet id deducat maritus, quod ex eo contractu debeatur: sin ex eo contractu qui ad maritum solum respiciat, is suum tantummodò deducat, nec tamen respondet Vlpianus ad propositam quæstionem, sed subiicit quæstionem hanc diludiùs tractatam esse in seruo fructuario, vtrum ex eo demùm contractu possit de peculio conueniri qui ad se pertinet (legendum enim est, *qui* non *quod*) an verò ex omni, id est, etiam ex eo contractu qui ad proprietarium pertineat: est enim seruus fructuarius non absimilis dotali in eo, quod duplicis iuris peculium, æquè habere potest, quasi duos quodãmodo habens dominos, proprietarium, & fructuarium, & nunc acquirens huic nunc illi *d.l. si serui 21. & seqq. supr. de vsufr.* Respondet autem ad secundam hanc quæstionem, fructuarium teneri ex omni contractu, id est, etiam ex eo qui spectat ad proprietarium. Contrà quàm scripserit Pomponius in *l.2. supr.* ratione illa quòd is qui cum seruo contrahit totum serui peculium velut proprium ipsius patrimonium, vbicunque sit intuitus esse videatur *l. si ex duobus 31. in fine principij l. quoties 47. §. vlt. infr. eod.* Sed tamen deflectit in mediam quandam sententiam, quam & probabiliorem & à Papiniano probatam esse Vlpianus ait, vt solent mediæ sententiæ esse humaniores *l. vlt. infr. de iur. fisc. l. adeò 7. §. cùm quis infr. de acquir. rer. domin.* Vt prior quidem conueniri debeat, is ad quem contractus respicit, non sufficiente autem eius peculio in superfluum quod deest etiam alius conueniatur, ne alioqui fraudetur is, qui cum seruo contraxit totius peculij vbicunque, & vndecunque esset, contemplatione. Idemque in duobus bonæ fidei emptoribus dicendum esse adiicit. Ratio igitur dubitandi contra priorem Marcelli opinionem petenda est ex Pomponio in *d.l.2. supr.* decidendi verò non alia melior quærenda est, quàm quæ à Marcello ipso allata fuit. Aduersus posteriorem autem eiusdem Marcelli sententiam, quæ adhibito temperamento distinguit. Ratio dubitandi petenda est ex ea ipsa ratione, quam Marcellus pro sua prima opinione attulit: decidendi verò ex eo quod Pomponius scribit in *d.l.2. supr.* Ex qua causa seruus acquirit fructuario conueniendum esse priùs fructuarium, ex reliquis verò proprietarium, scilicet vt distinctio peculiorum fiat, quia duo sunt peculia, licèt vnus tantùm sit seruus, qui duplicis iuris habet peculium, non quidem absolutè, quasi solus ille conueniendus omnimodo sit ad cuius personam contractus respicit, nunquam verò alius, vt credidit malè Pomponius, sed interim, id est, quousque appareat ex eo peculio creditori satisfieri in totum non potuisse: nisi malis ad excusandam Pomponij sententiam, iuxta Marcelli, Vlpiani & Papiniani distinctionem eam intelligere, quod benignius certè fuerit, licèt non Pomponij verbis conuenientius. Prior sanè Marcelli sententia quamuis ex mera iuris subtilitate defendi possit, minùs tamen æqua est. Iunge *l. si creditor 37. §. vlt. infr.*

a *Sed in marito melius est dicere.* Hic versiculus Triboniani proculdubio est, mulieribus, vt solet plus æquo fauere volentis, & existimantis ad quæstionem de seruo dotali propositam nihil ab Vlpiano in præcedentibus responsum fuisse, cùm tamen satis responderit, quando ad propositam de fructuario quæstionem respondit, idemque in duobus bonæ fidei emptoribus iuris esse adiecit. Cur enim aliud iuris in marito constitueretur? Nisi hactenus vt solus quidem ille constante matrimonio de peculio, conueniri possit etiam ex contractu ad mulierem solam respiciente, sed non vt æquè ex solo mariti peculio satisfieri priùs debeat, tum quoque cum ex serui contractu ad solam mulierem respiciente de peculio agitur, salua marito aduersus mulierem soluto matrimonio repetitione: Marcelli enim sententia fuit, quam in sequentibus Vlpianus & refert & probat, si id quod creditori à marito præstitum est, ad vtriusque generis peculium pertineat vtrique peculio decedere ab initio pro rata debere, non ex solo mariti peculio solutum intelligi, sed si ad alterum duntaxat peculium pertinebit, id est, aut ad maritum solum, aut ad solam mulierem, modò soli vxori detrahi, modò soli marito. Nempe si peculium illud sufficiat creditori. Nam si non sufficiat, perinde æquum erit superfluum ex alio peculio præstari, etiamsi mulier ex eo damnum passura sit, ne alioqui fraudetur creditor, qui vniuersum serui peculium, qualecunque & vndecunque esset, intuitus, & bona fide secutus fuisset, quod cùm ita sit non possum intelligere quem sensum, aut quem effectum habere possit totus hic versiculus, quem Triboniano adscribimus. De quo quia plura scripsimus *libr. 8. Coniect. cap. 14.* nihil ampliùs hic dicemus.

2 ¶ Interdum & ipsi fructuario aduersus dominum datur actio de peculio: vt puta apud eum habeat peculium, apud ipsum verò aut nihil aut minus, quàm fructuario debetur. idem etiam contrà eueniet. quamuis in duobus dominis sufficiat pro socio, vel communi diuidundo actio.

Ad §. 2. *Interdum.*

RAT. DVB. Duobus dominis sufficit pro socio vel communi diuidundo actio, nec permittendum iis est vt inuicem agant de peculio, quemadmodum scriptum est in fine huius §. *& in l. seq.* Atqui proprietarius & fructuarius sunt duo domini, non ideo solùm quòd ille dominus sit proprietatis, hic verò vsusfructus. Sed etiam quia vsusfructus in plerisque casibus pars dominij est, aut saltem partis instar obtinet, quia emolumentum rei continet, vt diximus ad *l. sed si duo 15. supr. ex l. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufr. l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2. l. qui vsumfructum 58. infr. de verb. oblig.* Ergo fructuarius cum proprietario agere de peculio non potest, nec contrà proprietarius cum fructuario.

DEC.

Dec. Non debet esse deterior condicio fructuarij, cui seruus fructuarius aliquid debet, quàm sit alterius cuiuslibet creditoris ob id solùm, quòd etiam sit fructuarius, cùm sit & creditor *arg. l. 1. §. vlt. infr. si à parent. quis manum. sit l. in bello 12. §. si quis seruum versic. rursum cùm constitutio de capt. & postlim.* Atquin alius quilibet creditor serui fructuarij etiam ex ea causa, quæ ad solum fructuarium pertineret, agere tamen posset de peculio contra proprietarium in superfluum, id est, de eo quod ex fructuarij peculio consequi non potuisset, secundum ea quæ ex Marcello Papiniano & Vlpiano proximè scripsimus ad §. præcedentem, cum quibus & Iulianus consentit in *l. si creditor 37. §. si actum sit infr. hoc tit.* Ergo & ipsi quoque fructuario danda erit actio de peculio, contra dominum proprietatis, etiamsi ex causa ad fructuarium solum respiciente seruus contraxerit, non quidem regulariter: hoc enim nouum est, sed interdum, id est, vt sequentia explicant, si seruus hic fructuarius habeat peculium apud dominum, apud ipsum verò fructuarium aut nihil, aut minùs quàm fructuario debeatur. Idem ergo etiam contra eueniet, vt proprietario danda sit actio, de peculio contra fructuarium ex serui contractu, quamuis ad solius proprietarij causam pertinente, si penes proprietarium nihil sit in huius serui peculio aut minùs, quàm proprietario debeatur, nec obstat quod duobus dominis, sufficiat actio pro socio si socij sint, aut communi diuidundo si non sint socij. Neque enim vsufructuarius dominus est, aut benè domino æquiparatur, vt omnium optimè hic locus probat. Consistit enim vsusfructus in iure non in parte, licèt emolumentum rei contineat *l. Mæuius 66. §. fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss. l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Ex his tamen verbis *quamuis in duobus dominis*, apparet manifeste non aliam hîc dubitandi rationem fuisse, quàm quæ à nobis allata est, si ea iungas, quæ scripsimus ad §. præcedentem.

20. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

NAm inter se agere socij de peculio non possunt.

Ad l. Nam inter se 20.

Rat. dvb. Nihil vetat ex eadem causa & contra eandem personam plures actiones competere, dum ne sæpiùs actor suum consequatur *l. qui seruum 34. infr. de oblig. & action. l. si quis dolo 51. §. 1. infr. de re iudic.* & dummodò non deficiat ratio concedendæ actionis. Atqui eadem ratio est, propter quam inter dominos etiam socios agi possit de peculio, atque inter cæteros, cùm seruus communis habet peculium cuius totius intuitu alius dominus cum eo contraxerit. Ergo nec inter dominos actio de peculio deneganda est, præsertim cùm nihil intersit socij qua actione à socio conueniatur, an pro socio, an de peculio, an communi diuidundo, cùm istarum actionum omnium idem effectus futurus sit, vt indemnitatem creditor consequatur.

Dec. Is qui habet ciuilem actionem frustra desiderat honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Qui verò habet honorariam pleniorem, frustra honorariam aliam desiderat minùs plenam, quæ minus commodi & vtilitatis sit allatura, quæ etiamsi competeret, stultus esset *§. cæterùm vers. sed erit stultissimus Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Atqui habent domini inter se actiones, Pro socio, & communi diuidundo *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr.* easque longè pleniores quàm sit actio de pecul. quia per eas quisquis agit, consequitur solidum quod sibi abest: per actionem verò de peculio non nisi quatenus in peculio est. Et hæc quidem vera & germana ratio est eius, quod Vlpianus scripsit in fine legis præcedentis. In duobus dominis sufficere pro socio, vel communi diuidundo actionem: nec enim actio de peculio à Prætore comparata est nisi in subsidium, & alia qualibet deficiente, cùm tamen non deficeret æquitas dandæ actionis. Sed quod in hac lege addit Paulus, socios inter se agere de peculio non posse, sicut præfefert iuris rationem quæ impedit ne socij inter se de peculio agere possint: ita ex iure magis quàm ex æquitate & vtilitate actionis explicari debet, quasi ratio ipsa iuris obstet ne de peculio socius agat, sed pro socio aut communi diuidundo. Et sanè ita est: Nam cùm actio de peculio maximè ac primùm comparata sit contra parentem, vel dominum qui habet filium aut seruum in potestate *l. 1. §. verba autem & §. potestatis supr.* Sociorum autem vnusquisque sit dominus si non in solidum, saltem pro indiuiso, sicut & si citra societatem communem seruum habeant (nec enim potest seruus esse plurium, nisi pro partibus indiuisis, vt intellectu magis quàm corpore partes habeant *l. seruus communis 5. de stipul. seruor.*) eueniret vt socius qui contra socium ageret, aut condominus quilibet aduersus alium condominum, quodammodo contra seipsum agere videretur. Indeque est quod nec aliæ vllæ actiones, quæ contra dominum dari solent, inter dominos competunt, putà si seruus communis alterutri dominorum iniuria damnum dederit, aut furtum fecerit, quia si alij extraneo seruus communis tale quid fecisset, cum altero in solidum & lege Aquilia & furti agi posset, quemadmodum ratiocinatur Iulianus in *l. cum seruus communis 41. supr. de noxal. action.* vbi concludit communi diuidundo inter dominos hoc nomine agendum esse. Quamquam non ita generaliter & indistinctè hoc accipiendum est, vt inter dominos omnimodo competat actio pro socio, vel communi diuidundo, pro actione de peculio, sed iuxta distinctionem Iuliani à Caio relatam in *dict. l. & ancillarum §. vltim.* id est, si apud alterum quoque fuit peculium, vt ibi dicemus. Iunge *l. si seruus communis 8.* & quæ ibi scripsimus *supr. de noxal. action.*

21. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

SVmma cum ratione etiam hoc peculio Prætor imputabit, quod dolo malo domini factum est quo minùs in peculio esset. Sed dolum malum accipere

debemus[a], si ei ademit peculium. sed etsi eum intricare peculium[b] in necem creditorum passus est: Mela scribit, dolo malo eius factum. Sed & si quis, cùm suspicaretur[c] alium secum acturum, aliò peculium auertat: dolo non caret. Sed si alij soluit[d], non dubito de hoc, quin non teneatur: quoniam creditori soluitur: & licet creditori vigilare ad suum consequendum.

Ad l. Summa cum ratione 21.

RAT. DVB. Actio de peculio non potest dari, nisi de eo quod est in peculio, vt nomen ipsum actionis demonstrat: vnde est quod actio de peculio non tenet si nihil sit in peculio, neque litis contestatæ tempore, neque rei iudicandæ *l. quæsitum 30. in princip. infr.* Peculij enim nomen non iuris nomen est & ciuile, vt hereditatis *l. hereditas 50. supr. de petit. hered.* sed nomen naturale, & quod sola fictione iuris non potest subsistere, sed rei alicuius veritatem & existentiam exigit licèt cõsistere in nominibus quoque possit *l. quis ergo 16. in fin. supr.* Atqui quod dolo malo domini factum est quominùs in peculio sit reuera tamen non est. Implicat enim contradictionem, vt dicamus esse in peculio & factum esse ne sit: Ergo nulla ratio est, vt Prætor in peculio imputet id quoque, quod dolo malo domini factum est, vt non sit.

DEC. Dolus malus cuiusque pro possessione est, vt habet iuris regula *l. qui dolo 131. l. parem 150. de regul. iur.* nec dolum malum cuiusquam ei prodesse oportet, aut etiam impunitum vnquam manere, ne tum quidem cùm doloso ipsi nocet *l. procurator 11. §. 1. & tot. tit. de doli mal. except.* Ergo quod dolo malo domini factum est, ne sit in peculio perinde habendum est, quantum ad dominum & in eius præiudicium ac si in peculio adhuc esset. Hoc verò nihil aliud est, quàm imputari peculio, id est, in eo computari.

a *Sed dolum malum accipere debemus.* Hic versiculus exemplificatiuè, vt loquuntur, subiectus est, potiùs quàm restrictiuè. Sunt enim varij casus in quibus dolo malo domini potest fieri, vt aliquid non sit in peculio ex quibus tres hîc ponuntur. Primus est si seruo peculium ademerit.

RAT. DVB. Non facit dolo malo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur dominus, cùm peculium seruo adimit. Est enim hoc in ipsius potestate, vt adimat quandocunque velit, & quomodocunque, id est, siue in totum, siue pro parte *l. 4. in princip. supr. l. peculium nascitur 40. in fin. infr.* Nec rursus magnum damnum creditor patitur in ademptione peculij, cùm non eo minùs saluam habeat actionem de in rem verso, etiam tum cùm sine dolo malo facta ademptio est, si in rem domini versa sit pecunia *tot. tit. infr. de in rem vers.*

DEC. Peculium moritur & extinguitur per ademptionem *d. l. peculium nascitur in fin. l. quis ergo 16. supr.* nec potest fieri, vt post ademptum peculium sine dolo malo supersit actio aliqua de peculio, ne quidem annalis *l. sed si damnum 9. §. præterea supr. l. 1. §. 1. l. interdum 14. infr. de in rem vers.* Nec enim ad hunc casum pertinet *tit. prox. quand. de pec. act. est annal.* vt ex verbis & ex interpretatione edicti apparet: meritò igitur Prætor constituit, vt peculium quod dominus ademit dolo malo perinde habeatur acsi adeptum non esset, ac proinde vt salua sit creditori actio de peculio eadem quæ ante ademptionem, id est, perpetua non annalis: Et quamuis non quælibet ademptio fiat dolo malo, fit tamen aliquando nulla alia de causa, quàm in necem creditorum, vt iis actio de peculio adimatur, quomodo dicimus omissionem & repudiationem hereditatis interdum fieri bona fide, interdum etiam in fraudem *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. infr. si quis omiss. caus. testam. l. cùm pater 77. §. Titio fratri antep. de legat. 2.* Nec sanè ferre Prætor debuit, vt in potestate domini esset peculium seruo adimentis dolo malo liberare se ab obligatione & actione de peculio *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. obligat.*

b *Sed etsi eum intricare peculium.* RAT. DVB. Non est adeò durè agendum cum dominis, vt in singula pene momenta cogantur species & causas peculiorum inquirere *l. peregrè 44. §. quæsitum in fin. de acquir. poss.* quod tamen ni fiat, facilè accidet, vt serui peculium intricetur, atque ita in doli suspicionem incidat dominus etiam ignorans: Quod tamen absurdum fuerit. Nemo enim ignorans dolum admittit.

DEC. Intricatio peculij non illa sola est, quæ domini dolum inducit, sed eius scientia patientis peculium intricari à seruo, idque in necem creditorum peculiarium. Patientia enim absque scientia esse nunquam potest, vnde fit quod habet iuris regula, vt pupillus pati posse non intelligatur *l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* quoniam ætas illa ignorat etiam ea quæ videt *l. 1. Cod. de fals. monet.* Et quamuis intricatio non sit diminutio peculij, magno tamen incommodo creditores afficit, quibus extricatio plerumque adeò non solùm difficilis & laboriosa, sed etiam dispendiosa est, vt eis commodiùs & vtiliùs fuerit iacturam debiti facere, quàm de peculio experiri. Potest tamen intricatio illa fieri à seruo, vel per imperitiam negotiationis, vel per nequitiam seruilis ingenij domino etiam ignorante, adeoque nec sciente an seruus habeat creditores: quo casu non potest dominus videri in dolo esse. Non enim alius videtur habere consilium fraudandorum creditorum, quàm qui scit habere se creditores *l. omnes 17. §. Lucius infr. quæ in fraud. credit.* Est igitur hic secundus casus quo dominus propter dolum suum omnimodo de peculio tenetur, qui alioquin non teneretur.

c *Sed & si quis cùm suspicaretur.* Tertium exemplum est, in quo datur actio de peculio contra dominum ex ipsius dolo, si dominus cùm suspicaretur alium de peculio secum acturũ aliò peculiũ auertat.

RAT. DVB. Quæ ante iudicium contingunt, non valde pertinent ad officium iudicis nisi nominatim ei fuerint iniuncta *l. Aediles 25. §. item sciendum est infr. de ædilit. edict.* Atqui cùm dominus suspicatus alium de peculio secum acturum aliò peculium auertit, ita facit ante iudicium acceptum: ergo non debet eo nomine condemnari à iudice qui de actione de peculio cognoscit, præsertim cùm nemo ex suspicione sola lædatur: nec rursus peculium diminuatur ex eo quod aliò auertitur.

DEC. Omnibus modis id agit Prætor & agere debet, ne quis vlla in re duriorem faciat aduersarij sui con-

sui condicionem *l.1.supr.de alien.iudic.mut.caus.fact.* Facit autem dominus duriorem condicionem creditoris acturi de peculio, cùm aliò peculium auertit, vt alio incommodiore loco creditor de peculio litigare cogatur, nec tam facilè scire & explorare possit, quid sit in peculio, & quamuis ex sola domini suspicione cùm suspicatur secum acturum creditorem non lædatur creditor, læditur tamen facto ipso cùm aliò peculium auertitur. Parumque refert, an auersio illa fiat ante an post acceptum de peculio iudicium, quia nec in fraudem futuræ actionis quicquam facere licet *d.l.1.& tot.ill.tit.de alien.iudic.mut.caus.fact.* & pro iam conuento habendus est, qui aliquid facit eo metu ne conueniatur, vt optimè hic locus probat, & *l.nouissimè 7.§.1.infr.quod fals.tutor.author.* multò igitur magis idem probandum erit si quis iam de peculio conuentus seruum alienauerit, qui apud emptorem peculium nouum acquisiuerit ante rem iudicatam, vt in *l.si posteaquàm 43.* vbi dicemus *infr.*

d *Sed si alij soluit.* RAT. DVB. Non debet esse in potestate debitoris, vt facto vllo suo duriorem efficiat aduersarij sui etiam futuri condicionem, vt proximè diximus ex *l.1.& tot.tit.supr.de alien.iudic.mut.caus.fact.* Atqui deteriorem facit qui creditorem eligit cui ex peculio soluat, fortassis posteriorem minusque fauorabilem, vt non sit in peculio vnde aliis aut anterioribus tempore, aut crediti causam fauorabiliorem habentibus possit satisfacere. Ergo & hic quoque, qui alij creditori soluit, quàm ei quem iam præuidet & suspicatur secum esse acturum de peculio (hoc enim significat illa dictio *alij*) dolo non caret.

DEC. Dolo nihil facit debitor qui vero creditori soluit, non magis quàm creditor ipse qui licèt posterior tempore aut habens causam minùs fauorabilem, sibi tamen vigilat & diligentior est cæteris, vt quod sibi debetur consequatur. Vnicuique enim licet sibi vigilare ad suum consequendum cùm ius ciuile vigilantibus scriptum sit, non dormientibus aut negligentibus *l.pupillus 24.iunct.l.quod autem 6.§.sciendum infr.quæ in fraud.credit.l.2.C.de annal.except.l.non enim 16.supr.ex quib.caus.maior.* Et apertè iniquum est impunè non soluere illum, quem Prætor cogere possit, vt soluat *d.l.quod autem 6.§.apud Labeonem quæ in fraud.credit.* Denique iuris executio nec dolum habet nec iniuriam *l.iniuriarum 13.§.1.infr.de iniur.* Et ob eam causam Iustiniano placuit, vt is quoque qui heres est cum beneficio legis & inuentarij, posterioribus tamen creditoribus possit tutò soluere, si priores veniant ad vrgendam solutionem *l.vlt.§.si verò creditores C.de iur.delib.* Nec rursus nouum est, vt gratificationi locus aliquando esse possit, vt in *l.filium 20.vers.erit ergo venale infr.de bonor.poss.contr.tab.* nisi cum iam par creditorum omnium condicio facta est, vt in *d.§.sciendum.*

1 ¶ Si dolo tutoris, vel curatoris furiosi, vel procuratoris factum sit: an pupillus, vel furiosus, vel dominus de peculio conueniatur, videndum. & puto, si soluendo tutor sit, præstare pupillum ex dolo eius: maxime si quid ad eum peruenit, & ita Pomponius libro octauo Epistularum scribit. idem & in curatore, & procuratore erit dicendum [a].

Ad §.1.Si dolo tutoris.

RAT. DVB. Dolus tutoris pupilli, vel curatoris furiosi, vel etiam simplicis procuratoris, neque pupillo nocere debet, neque furioso, neque domino, vt eo magis de peculio conueniri hæ personæ possint, iis casibus quibus alioqui non conuenirentur, nisi cum ex eo dolo vel pupillus, vel furiosus, vel dominus locupletior factus est *l.3.infr.quand.ex fact.tutor.l.sed & ex dolo 15.* vbi diximus *supr.de dolo.l.4.§.ista etiam quæstio 23.& seqq.iunct.§.quæsitum 18.eod.* Nec ad rem pertinet quod tutor vel curator soluendo sit, vel procurator: nemo enim ideo obligandus & damno afficiendus est, quia postea accepturus sit ab alio quod ipse præstiterit *l.nemo ideo 171.de regul.iur.* cùm intersit cuiuslibet non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l.3.infr.de compens.l.stipulatus sum 15.in princip.infr.de fideiuss.* Non ergo debuit Vlpianus distinguere, quomodo distinguit an administratores isti soluendo sint néc ne. Neque rursum ita scribere, *maximè si quid ad eum peruenit.* Nam cùm dictio hæc *maximè* implicet casum contrarium, ostendit Vlpianus non aliud dicendum esse, tametsi ex dolo tutoris, vel curatoris, vel procuratoris nihil ad pupillum, aut furiosum aut procuratorem peruenerit.

DEC. Actio de peculio ex summa ratione & æquitate introducta est, vt creditoribus peculiaribus prospiceretur, quibus aliter consultum esse non poterat, præsertim iis qui cum seruo alieno peculium habente contraxissent. Nec minùs dominorum ipsorum interesat actionem hanc contra ipsos induci, quoniam alioqui nemo cum seruo alieno, qui conueniri ipse nullo casu potest, contrahere voluisse, atque ita eo commercij genere interdictum esset dominis, vt in *l.quòd si minor 24.§.non semper supr.de minor.* non sine magno ipsorum incommodo, quibus tot vtilitates quas ex seruorum contractibus sperare possunt, eriperentur. Digni ergo sunt creditores quibus per hanc actionem succurratur aduersus dolum tutoris, vel curatoris, vel procuratoris tum quoque cùm ex istorum dolo, nihil ad pupillum, vel furiosum, vel dominum peruenit. Ne alioqui magno incommodo afficiantur pupilli, furiosi & domini nemine cum eorum seruis contrahere volente, si adeò curiosos esse creditores oporteret, vt haberent inquirendum, an in rem pupilli vel furiosi, vel domini pecunia versa esset. Semper enim cauendum est, ne dum nimia subtilitate circa res pupillorum, vel furiosorum vtimur iis potiùs noceamus *l.pen.C.ad SC.Trebell.* Interestque ipsorum maximè, non minùs quàm creditorum ita ius constitui, vt per seruos eorum res agi commodiùs possint. Nempe si tutor, curator, & procurator soluendo sint ad præstandam dominis indemnitatem, alioquin esset æquius manere creditores in damno quibus imputari posset, cur non fuissent diligentiores in curando, vt pecunia in rem pupilli vel furiosi verteretur *l.vir vxori 17.in princip.infr.ad SC.Velleian.* quàm pupillo vel furioso, qui ignorantes incidunt in tutorem vel curatorem *l.vlt.infr.rem pupill.salu.for.* Est igitur æquissi-

mum hoc Vlpiani temperamentum per quod ita subuenitur creditoribus, vt tamen domini nullum damnum sentiant, tandemque doli pœna tota in eos recidat qui dolum admiserunt *l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matr. l. ex his 8. qua in fraud. credit.* Planè si ex dolo tutoris vel curatoris aliquid ad pupillum, vel furiosum peruenerit, indubitatum est conueniri eos debere, cùm huiusmodi personarum tantus fauor esse nequeat, vt vllo casu permittendum iis sit ex alieno damno locupletari contra naturalem æquitatem *l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. supr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.*

a *Idem & in curatore & procuratore erit dicendum.* In curatore quidem furiosi idem quod in tutore pupilli dicendum esse nemo ambigit: solent enim pupillus & furiosus pari passu ambulare tanquam qui ambo careant iudicio, & quos proinde alterius iudicio & prudentia regi necesse est, nisi quod furiosus tanto fauorabilior est, quod non tantùm iudicio, sed etiam sensu caret *l. si tibi 8. §. vnius infr. de opt. legat. l. Fulcinius 7. §. planè interdum quib. ex caus. in poss. eat. l. 5. de regul. iur. l. furiosus 46. de oblig. & action.* Sed in procuratore aliud iuris esse videtur, quia non sicuti tutor incidit in pupillum, & furiosus in curatorem *dict. l. vltim. rem pupill. salu. fore.* Ita & dominus incidit ignorans in procuratorem, sed eum eligit, quem & qualem vult. Proinde imputare sibi debet si minùs probum & dolosum, minusque idoneum & non soluendo elegerit, quamuis ex eo procuratoris dolo nihil ad dominum ipsum peruenerit, vt omnimodo conueniri possit de peculio ex dolo procuratoris tametsi procurator soluendo non sit. Quomodo solemus dicere de eo qui pupillum, vel minorem annis vigintiquinque alicui negotio præposuit *l. 3. §. vlt. supr. de minor. l. sed & si quis 7. §. vlt. supr. de instit. action.*

Dec. In mandato quantumuis generali nunquam dolus continetur, sed bonæ fidei clausula mandato cuilibet inesse semper creditur *l. creditor 60. §. vltim. infr. mandat. l. si procuratori 6. §. Celsus ait supr. de condict. indeb.* nec debuit is qui procuratorem constituebat malè de eo quicquam suspicari, cùm vir probus vulgo crederetur. Quis enim dolosum & perfidum procuratorem vltrò eligeret: non debet igitur domino dolus nocere procuratoris, non magis quàm alterius cuiuslibet, si neque ex eo dolo factus sit locupletior dominus, neque procurator ipse soluendo sit. Cæterùm si procurator soluendo sit dominum ex eius dolo teneri æquum erit, sicut & pupillum teneri diximus ex dolo tutoris sui, & curatorem ex dolo furiosi, non quidem absolutè ac generaliter, sed in hac de peculio actione, quoniam ita ius constitui etiam ipsius domini interest, ne alioqui nemo contrahere velit, cum seruo illius qui curam peculij per seruum administrandi procuratori concesserit. Alia quæstio est, an de procuratoris dolo excipi possit aduersus ipsum procuratorem agentem nomine procuratorio. In qua quæstione distinctiones illæ sequendæ sunt quas noster Vlpianus adfert in *d. l. 4. §. quæsitum 18. infr. de doli mal. except.*

2 ¶ Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur, nec heres, vel alius successor a, nisi in id, quod ad se peruenit.

Ad §. 2. Emptor autem.

Rat. dvb. Alienatio quælibet fit cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. administr.* Atqui peculium venditum ab eo qui dolum admisit, in ea causa fuit, vt venditor ex dolo suo conueniri posset de peculio: ergo & emptor poterit, ne alioqui in venditoris potestate fuerit, facto suo, id est, per eam venditionem, aduersariorum suorum, id est, creditorum condicionē duriorem efficere contra *l. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 4. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Ideoque nimirum solemus dicere, eandem plerunque causam esse emptoris, quæ fuit authoris, id est, venditoris *l. inuitus 156. §. penult. de regul. iur. l. si à te 9. §. vltim. l. iudicata 29. §. 1. infr. de except. rei iudic.*

Dec. Emptor non nisi singularis successor est, in quem proinde non possunt transire obligationes personales venditoris *l. vltim. in fin. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. Cod. de donat.* vt diximus ad *l. sed in emptore 13. supr.* multò minùs ergo ferendum est, vt sit successor doli qui adeò personalis est, vt nec heredem obliget quáuis successorem vniuersalem, vt mox dicemus: adeò vt nec putem posse emptorem conueniri de peculio ex dolo venditoris, etiamsi aliquid ex eo dolo ad ipsum peruenerit. Planè de eo quod peruenit, tenebitur ac non ex dolo, neque ex persona venditoris, sed tanquam nouus dominus & ex propria persona, quatenus saltem peculium serui ad eum peruenisse probabitur *l. si noxalis 11. §. penult. supr. hoc titul. & ancillarum 27. §. si seruus l. si creditor 37. §. 2. infr. eod.* non videtur tamen peruenisse si precium pro peculio dederit, quamuis res peculiares penes eum sint *l. sed si quis 33. & seq. infr.* Quod autem dicimus alienationem rei quamlibet fieri, cum sua causa, sic accipiendum est, vt ratione onerum realium dominium transferatur in emptorem, cum ea causa quæ futura esset si apud venditorem res mansisset, non etiam ratione onerum personalium, quæ scilicet nec transeunt, nec transire possunt ipso iure in singularem successorem, ne quidem ex pacto nisi ad dandam inter eos actionem *l. 2. Cod. de hered. vel action. vendit. l. cùm res 22. Cod. de donat.* si non velit successor vltrò suscipere actiones & spontanea voluntate, vt loquitur *l. 2. Cod. de pact.* Aut nisi cùm post acceptum iudicium alienatio facta est, vt in *dict. l. 4. §. 1. de aqua & aqua pluu. arcend.*

a *Nec heres, vel alius successor.* Rat. dvb. Heres cùm sit vniuersalis successor, quia succedit in vniuersum ius, quod defunctus habuit, succedit etiam in eius vicia, nec ignoratione sua ea excludit *l. cùm heres 11. de diuers. tempor. præscript.* Ergo etiam ex dolo defuncti potest conueniri de peculio, tametsi ex eo peculio nihil ad ipsum peruenerit. Idemque iuris est in alio successore quolibet scilicet qui sit vniuersalis & loco heredis, cuiusmodi est bonorum possessor is cui hereditas ex Trebelliano restituta est, & is cui libertatum seruandarum causa bona addicta sunt ex constitutione Diui Marci. Hi enim omnes passim in iure nostro heredibus æqui-

bus æquiparantur *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. poss. l. 2. ad SC. Trebell.* Et apud Iustin. *tit. de eo cui libert. caus. bon. addic.*

Dec. Dolus defuncti cùm sit quid personalissimum non transit in heredem quantúlibet successorem vniuersalem vt neque delicta cùm sit genus delicti (nec enim potest delictum vllum esse sine dolo) sed morte dolosi extinguitur. Ideoq; non datur actio de dolo in heredem nisi quatenus ad eum peruenit *l. in heredem 26. & seqq. supr. de dolo.* Ergo etiamsi defunctus dominus peculium dolo malo ademerit, non ideò tamen heres ipsius aut alius successor de peculio conueniendus erit nisi in id quod ad eum peruenit, vt Vlpian. hîc subiungit & in *l. quæsitum 30. §. vlt. infr.* Nec est contrarium quod idem Vlp. scribit in *l. si hominem 7. §. datur. infr. deposit.* quoties dolus ex contractu, reiq; persecutione descendit dari ex eo actionem in solidū contra heredem si vnus sit, aut si plures sint contra singulos pro portionibus hereditariis: & si enim actio de peculio ex contractu venit *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiecer.* dolus tamen, de quo per hanc de peculio actionem vindicando tractamus non ad causam cōtractus pertinet, quomodo dolus, qui vindicatur per actionem depositi de quo in *d. §. datur.* sed est quid extrinsecum, & extra naturam contractus: ex quo proinde non potest actio vlla transire in heredem cum contractu, sicuti transit actio depositi, vt pluribus tractabimus ad *d. §. datur.* Et verò quàm separata sit in hac specie causa contractus à causa doli, ex eo manifestè apparet, quod contractus est serui non domini: dolus autem domini non serui. Planè de eo quod ex dolo defuncti ad heredem aliúmve successorem vniuersalem peruenit, dubitandum non est quin actio de peculio ex dolo defuncti transeat, ne ex dolo defuncti lucretur & fiat locupletior *d. §. datur & d. l. in heredem.* Iunge quæ dicam ad *d. l. quæsitum §. pen. & vlt infr.*

3 ¶ Siue autem post iudicium acceptum, siue ante dolo factum sit: continetur officio iudicis.

Ad §. 3. Siue autem.

Rat. dvb. Ea quæ ante iudicium acceptum cōtingunt non valde pertinent ad officium iudicis pedanei, nisi fuerint ei nominatim iniuncta *l. Aediles 25. §. item sciendum est infr. de ædilit. edict.* Sicuti nec futuri post condemnationem temporis tractatus *l. §. 1. vers. quid enim de vsur.* Ergo si ante acceptum iudicium dolo malo domini aliquid factum sit in peculio, non potest id officio iudicis cōtineri.

Dec. Dolus omnis coercendus est à Prætore, & cauendum ne qua fraus fiat creditoribus in peculio, quam vindicari interest creditorum non minùs si antequam si post acceptum iudicium facta sit. Nam & præteritus dolus in iudicium venire intelligitur, cùm de dolo eius agitur qui suo nomine iudicium accepit, adeóque si tanquam procurator in rem suam *l. 4. §. quæsitum est 18. infr. de doli mali except. l. iuris gentium 7. § siue autem 11. supr. de pact.* Id enim agit prætor quantum potest ne qua fraus fiat *d. l. iuris gentium §. ait prætor*, quæ verba omnem fraudem exclud int *d. § siue autem*, id est, etiam quæ ante pactum facta sit, vt in *d. §. siue autem*, vel ante acceptum iudicium, vt in *d. § quæsitum*. In cæteris locus est distinctioni vtrum ante, an post acceptum iudicium contigerint *d. §. item sciendum est.*

4 ¶ Si dominus, vel pater recuset de peculio actionem: non est audiendus, sed cogendus est, quasi aliam quamuis personalem actionem suscipere.

Ad §. vlt. Si pater.

Rat dvb. Nemo alienam defensionem suscipere inuitus cogendus est. Voluntarium enim est officium cuiuslibet defensoris vltro se offerentis ad alium defendendum *l. 4. infr. de re iudic.* Vnde est quod defensorem quemlibet etiam locupletissimum obligamus ad præstandam satisdationem, tanquam sibi debeat imputare cur vltrò se in eas angustias coniecerit *l. minor 51. §. 1. & seq. supr. de procurat.* Neque rursus cogendus quisquam est pati vt ex alieno facto, & contractu conueniatur actione personali, cùm non alia de causa personales obligationes dicantur, quàm quia personam quæ conuenienda est obligatam habeant, quæ porrò non potest obligari nisi ex suo contractu vel quasi aut ex delicto suo vel quasi, aut ex alijs quibusdam causarum figuris *l. 1. de oblig. & action.* Gestum igitur à nobis aliquid esse oportet vt personaliter obligemur, nec tamen hoc sufficit, sed illud quoque exigitur, vt quæcunque gerimus etiam cùm ex nostro contractu originem trahunt ex nostra persona obligationis initiū sumant. Alioqui actum nostrum inanem efficiunt *l. quæcunque gerimus 11. eod. tit.* Atqui actio de peculio quamuis nascatur ex contractu, non tamen ex contractu patris vel domini, sed ex contractu filijfamilias vel serui *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Ergo non est cogendus pater vel dominus suscipere hanc de peculio actionem si nolit filium, aut seruum defendere.

Dec. Tenetur pater itémque dominus actione de peculio ex proprio suo facto, cùm pater ille sit, aut dominus qui filio aut seruo peculium concessit, non alio vtique proposito quàm vt de peculio illo possent contrahere pro arbitrio non expectata alia patris vel domini voluntate: sufficit enim prima illa concessio, vt voluntas patris vel domini in omnibus filijfamilias vel serui contractibus ad causam peculij spectantibus interuenisse censeatur, vt pluribus scripsimus ad *l. 1. §. verba autem supr.* & quod contra scriptum videtur in *§. præterea Instit. quod cum eo.* teneri dominum de peculio, etiamsi seruus sine eius voluntate contraxerit, de speciali voluntate intelligi debet qualis est voluntas eius qui iubet, quíque ideo in solidum actione quod iussu obligatur, quasi eius fidem secutus sit qui cum seruo contraxit *§. 1. eod. tit. l. 1. infr. quod iussu l. si quis seruum 29. §. 1. infr. hoc tit.* vbi est textus omnium apertissimus. Cæterùm quis vellet ex causa peculiari cōtrahere, præsertim cū seruo, nisi sciret cōtrahere seruū ex tacita quadā domini volūtate, ideóq. fore vt

ex eo contractu obligatum habitu ius sit dominum actione de peculio Nec magis cuiusquam interest quàm parentum vel dominorum ita ius constitui, vt ea spe allecti homines contrahant facilius cum filijsfamilias vel seruis, ex quorum personis & negotiatione nullum alioqui lucrum sperare parentes vel domini possent, vt diximus ad §. 1. *huius legis:* non igitur audiendus est pater vel dominus, si recuset suscipere actionem de peculio ex contractu filij vel serui, cui concedendo peculium, contrahendi quoque potestatem dedit. Nec tam filium aut seruum qui contraxit videtur pater aut dominus hoc casu defendere, quàm seipsum, quod æquissimum sit teneri eum non quidem absolutè & in solidum, sed ad finem peculij, quia & dominium peculij ad eum pertinet. Et quamuis actio hæc sit rei persecutoria, quia per eam persequitur creditor id quod sibi abest *l. in honorarus* 35 *de oblig & act.* in personam tamen non in rem est, quia per eam non intendit actor peculium suum esse aut sibi obligatum, sed aduersarium ex eo peculio dare sibi & soluere oportere, & ad id condemnari debere. Et ideo benè Vlpianus addit *quasi aliam quamuis personalem actionem* ad differentiam nimirum actionis in rem quā inuitus nemo pati cogitur, cùm liberū sit cuilibet dicere se non possidere *l. vlt. supr. de rei vindic.*

22. POMPONIVS libro 8. ad Sabinum.

SI damni infecti, ædium peculiarium nomine, promiserit dominus, ratio eius haberi debet: & ideo ab eo, qui de peculio agit, domino cauendum est.

Ad l. Si damni 22.

RAT. DVB. Dominus conuentus actione de peculio id tantùm deducere potest quod sibi debetur & iis quos habet in sua potestate *l. depositi* 5. §. *vlt. l. sed si damnum* 9. §. *peculium & seq. supr.* Atqui cùm dominus promisit & cauit de damno infecto ædiū peculiarium, nomine nihil adhuc debet, quia fieri potest vt ædes non decidant, nullúmque damnum faciant Et quamuis ante damnum factum interponatur cautio, effectus tamen eius & vtilitas confertur tota in id tēpus quo damnū datum erit, habétque tacitam in se veluti condicionem, si quandoq. damnum dari contigerit: extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur *l. si finita* 15. §. *vlt. infr. de damn. infect.* Ergo nec domino qui de dāno infecto cauit quicquam debetur antequam pro damno facto & farciendo aliquid præstiterit. Proinde nihil adhuc est cuius ratio in actione de peculio haberi pro eo debeat. DEC. Id abesse iam intelligitur, in quo quis obligatus est *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest.* Ergo qui damni infecti nomine promisit cùm iam sit obligatus de damno si quod contigerit, & quandocunque contigerit, sarciendo, dignus est cui succurratur in actione de peculio, non vt ei liceat ex peculio deducere id, quod nondum soluit, sed vt is qui agit de peculio caueat ipsi de refundendo omni eo quod ex causa eiusmodi promissionis præstare ipsum aliquando fortasse oportebit: est enim maximus & omnino necessarius vsus cautionis in his rebus quæ ex incerto & futuro euentu pendent obligationis iam cōtractę *l. sed si damnum* 9. §. *vlt. supr. l. si post acceptum* 18. *& seq.* vbi dixi *supr. de rei vindic. & alibi pass.* Idcóque prudenter Pōponius sic loquitur, vt dicat non quidem deductionem domino dandam esse eius quod promisit, præsertim cùm nihil certi promiserit (verba enim stipulationis collata sunt in incertum, id est, in futurum *quanti ea res erit, l. in hac stipulatione* 28. *de dam. infect.*) Sed rationem eius haberi debere, quod dominus ædium peculiarium nomine promiserit, hactenus scilicet vt ei caueatur, quomodo & Paulus loquitur in *l. ex facto* 52. *in fin. infr. hoc tit.*

23. IDEM libro 9. ad Sabinum.

AEdium autem peculiarium nomine in solidum damni infecti promitti debet, sicuti vicarij nomine noxale iudicium in solidum pati[a]: quia pro pignore ea si non defendatur, actor abducit, vel possidet[b].

Ad l. Aedium 23.

RAT. DVB. Dominus non tenetur de peculio in solidum, sed eatenus duntaxat, quatenus in peculio est *tot. hoc tit.* Ergo nec peculiarium ædium nomine in solidum cauere cogendus est, ne alioqui durius ædium quàm contractuum peculiarium nomine obligetur.

DEC. Multum interest inter actionem de peculio, & stipulationem damni infecti quæ pro ædibus peculiaribus interponitur. Actio de peculio datur contra dominum ex contractu serui: non alia de causa quàm quia ipse peculium seruo concesserit & cum peculio contrahendi de eo facultatem, vt diximus ad §. *vlt. leg. summa* 21. *supr.* Proinde æquum non est dominum in plus teneri eo nomine quàm quantum sit in peculio. at de damno infecto ædium peculiarium nomine cauere, ac promittere cogitur, non quia sint peculiares, sed quia earum ipse dominus in solidum est, & damnum quod ab ædibus timetur, in solidum quoque timetur. Ergo ædium nomine quamuis peculiares sint in solidum cauere dominus debet, perinde ac si peculiares non essent, alioqui eas vicinus ex secundo decreto sibi possidere iubebitur, postquàm ex primo in earum possessionem missus pignoris iure fuerit: sic enim locus hic intelligi debet ex *l* 4. §. *duas l. Praetoris* 5. *l. si finita* 15. §. *Iulianus* 16. *infr. de damn. infect.* Quisquis enim dominus ædium viciosarum est aut cauere pro ædibus in solidum cogitur, aut ijs in solidum carere. Vltra verò non tenetur, etiamsi damnum ab ædibus quæ deciderint datum longè pluris sit, quàm quanti ędes fuerunt, quia cùm animalia quæ noxam commiserunt, non vltrà soleant dominos onerare quàm vt noxæ ea dedant, multo magis ea quæ anima carent non vltrà debent nos onerare. Præsertim cùm res quidem animales quæ damnum dederunt, ipsæ extent. Ædes autem si ruina sua damnum dederunt, desierint extare, vt eleganter ratiocinatur

Vlpian.

Vlpian. in l. Prætor ait 7. §. 1. eod. ill. tit.

a *Sicut vicarij nomine noxale iudicium in solidũ pati.* Eadẽ ferè ratio dubitãdi est ad hanc sententiã, quæ ad superiorem: nã neq; ex persona vicarij potest dominus conueniri de peculio nisi quatenus in peculio est ipsius vicarij: deinde si quid ab iis domino vel seruo ordinario debeatur *l. si seruus meus 17.* vbi diximus *supr.* ergo nec si vicarius noxam commiserit, cogendus est dominus eum defendere in solidum, sed ad finem vsque duntaxat peculij, ne alioqui in potestate sit vicarij deteriorem facere condicionem domini delinquendo quàm contrahendo. Ideò autem tractat hîc Pomponius de seruo vicario, non de ordinario, quia in ordinario noxam committente, non similiter tractari potest de actione de peculio, quæ scilicet ex contractu venit, non ex delicto *d. l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud.* & quia seruus ordinarius in suo ipse peculio esse intelligit non potest *l. depos ui 38. §. Stichus infr. hoc tit. l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* At seruus vicarius in peculio est serui ordinarij, *d. l. si seruus*, & cùm damnũ dat extraneo sicuti fit ex ea causa debitor, minuitq; peculium serui ordinarij faciendo eum æquè debitorem, videbatur ex persona serui ordinarij qui noxam nullam admisisset dari posse in dominum actionem de peculio vt noxalis actio ex persona vicarij competens aduersus dominum quodammodo in actionem de peculio ex persona serui ordinarij conuerteretur: sed merito Pomponius contra respondet cogendum dominum vicarij nomine iudicium noxale in solidum pati, quia negari non potest quin actio hæc veniat ex delicto. Nec proinde quin noxalis esse debeat, non de peculio: differunt enim toto genere actiones de peculio à noxalibus, cùm illæ ex contractu veniant: hæ autem ex delicto, vt nomen ipsum sonat. Noxam enim aut noxiam dixerunt veteres pro delicto, & aptissimè, cùm noxia dicta sit à nocendo. Noxalis autem actio datur in solidum non quidem eo sensu vt cogatur dominus damnum decidere in solidum nec deditione noxæ liberetur, sed vt si fortè pluris sit seruus qui deliquit, quàm sit in peculio, non liberetur dominus præstando peculium, aut totius peculij æstimationem, sed omnimodo vel seruum siue vicariũ siue ordinarium defendere cogendus sit, plenamq; damni æstimationem præstare, aut seruum noxæ dedere, alioqui actor seruum hunc vicarium quanticumque precij sit abducet, & in bonis habere incipiet *l. 2. §. vlt. supr. si ex noxal. caus. agat. l. electio 26. §. vlt. de noxal. action.* Ergo verum est dominum vicarij nomine iudicium noxale pati debere.

b *Quia pro pignore eas si non defendatur actor possidet.* Malo ita legere, reiectis verbis illis, *abducit vel*, quæ tanquam suspecta & irreptitia lineis interclusa sunt, quàm ea retinere: dictio namque *eas* ostendit Pomponium de solis ædibus rationem reddere, non de vicario, de quo non in plurali numero loquendum fuerat, sed in singulari, aut si in plurali, non certè in genere fœminino. Sed neque verum est, vicarium qui noxali iudicio non defenditur abduci pro pignore. Abducitur quidem, sed ita vt fiat in bonis eius qui abducit *d. l. 2. §. vlti. supr. si ex noxal. caus. agat. d. l. electio 26. §. vlt. de noxal. act.* Cùm ergo is qui abducit, nanciscatur ex ea causa dominium bonitarium, vt vocant, fieri certè nequit vt habeat vicarium pro pignore: eius namque est pignori accipere qui rem in bonis non habet: pignori autem dare eius demùm qui habet *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* At is qui mittitur in possessionem ædium ex causa damni infecti, acquirit eo modo ius pignoris duntaxat & quidem prætorij quod permissionem in possessionem constituitur *l. non est mirum 26. §. 1. supr. de pignor. act.* nec priùs fit dominus bonitarius quàm à Prætore iussus sit sibi possidere in odium domini durantis & perseuerantis non cauere à quo tempore si per legitimum tempus possideat vsucapit, & ex domino bonitario fit quiritiarius *d. l. Prætoris 5. d. l. si finita 15. §. Iulianus 16. de damn. infect.*

24. VLPIANVS libro 24. ad Sabinum.

CVrator furiosi administrationem peculij, & dare, & denegare potest tam seruo furiosi, quàm filio.

Ad l. Curator 24.

RAT. DVB. Non potest pupilli tutor vel furiosi curator peculium seruo constituere adeòque nec pupillus ipse cum tutoris authoritate *l. 3. §. Pedius & seq. l. quam Tuberoni 7. §. 1. supr.* multòque minùs furiosus, qui quoniam non tantùm iudicio, sed etiam sensu caret *l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat.* nihil omnino agere potest ne quidem curatore interueniente *l. in negotiis 5. de regul. iur.* ergo nec administrationem peculij dare aut denegare filio vel seruo furiosi curator potest: eiusdem enim potestatis esse videtur concedere peculium aut dare liberam peculij administrationem, nisi quod concessio liberæ administrationis specialem exigit voluntatem *d. l. quam Tuberonis 7. §. 1. in fin. supr.*

DEC. Longè faciliùs est, ei qui peculium iam habet liberam administrationem concedere, quàm nunc primùm peculium dare ei qui nunquam habuit, hoc respicit rei substãtiam, quæ difficiliùs semper inducitur: illud verò non nisi qualitatem, cuius adiectio leuior est, *arg. l. heredes palàm 21. §. 1. vers nihil enim nunc dat, sed datum significat infr. qui testam. facer. poss.* atqui peculium à furioso concessum antè furorem non idcirco ademptum videri potest, quòd furor domino superuenerit *dict. l. quam Tuberonis §. 1.* Cùm ergo peculium concessum anteà concessum maneat, nihil prohibet quin eius peculij administrationem liberam curator furiosi aut concedere possit aut denegare prout vtilitatem furiosi exigere animaduetterit, ex qua certè totum æstimandum est ne alioqui in furioso eueniat quod in pupillo cauendum & euitandum esse Iustinianus ait in *l. pen. C. ad SC. Trebell.* ne dum nimia subtilitate circa res furiosi vtimur, ipsa subtilitas ad perniciem eius reuertatur. Potest autem fieri vt furioso vtilius futurum sit dari seruo ipsius liberam administrationem quàm denegari, contrà quoque vt longè consultiùs sit denegari, si fortè serui mores vel corrupti vel suspecti sint *arg. l. libera 48. infr.* quo casu etiam in totum peculium adimi melius est vt dixi ad *d. l. 7. §. 1. supr.*

25. POMPONIVS libro 23. ad Sabinum.

ID vestimentum pecuIij esse incipit: quod ita dederit dominus, vt eo vestitu seruum perpetuò vti vellet: eóque nomine ei traderet; ne quis alius eo vteretur: ídque ab eo eius vsus gratia custodiretur. sed quod vestimentum seruo dominus ita dedit vtendum, vt non semper, sed ad certum vsum, certis temporibus eo vteretur, veluti cùm sequeretur eum, siue cœnanti ministrauit; id vestimentum esse peculij.

Ad l. Id vestimentum. 25.

RAT. DVB. Quod acquirit seruus si tale sit vt dominus id ei præstare necesse habeat, peculij fieri non potest *l. peculium nascitur* 40. *infr.* vbi exemplum ponitur in tunicis & alijs huiusmodi rebus quas præstare necessario dominus seruo debet vt eius ministerio vti possit: ergo dicendum est indistinctè vestimentum in peculio esse non posse, id est, non solum si dominus ita vtendum dederit, vt non semper, sed ad certum vsum, certisq; temporibus eo vteretur, veluti cùm sequeretur eum, aut cœnanti ministraret: sed neque si ita dederit dominus, vt eo vestitu seruum perpetuò vti vellet, eoque nomine ipsi traderet, ne quis alius eo vteretur, idque ab eo eius vsus gratia custodiretur. DEC. Aliud est de eo vestimento tractare quod seruus acquisiuerit: aliud verò de eo quod dominus seruo dederit. De prioris generis vestimento Marcianus loquitur in *d. l. peculium*. Pomponius verò in hac lege de posteriore, quod non acquirit seruus à domino, sed dominus dat seruo, in quo, & si voluntas domini ad constituendum peculium sola est, quæ totum facit, cùm peculium ex constitutione & voluntate domini pendeat *l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum iunct. l.* 4. *in princip. supr.* In dubio tamen non est credendus dominus voluisse peculij esse quod in serui vsus proprios & quotidianos esse noluit, sed aliorum quoque vsibus destinatos. Id verò credendus est voluisse incipere esse peculij quod vestimenti nomine proprium quodammodo facere seruo voluit, quale est quod ita dedit vt eo vestitu seruum vti perpetuo vellet, id est, quandiu vestimentum duraret: durare namque in perpetuũ non potest quod quotidiano vsu & non vsu quoque deteritur §. *constituitur Instit. de vsufr.* Quomodo & perpetuam solemus dicere societatem quæ ad mortem vsque vnius ex socijs durat, licèt morte finiatur *leg.* 1. *infr. pro socio.* Aliud enim est perpetuum quid dicere, aliud verò æternum *l. nulla* 70. *eod.* neque rursum dictio illa *perpetuò* sic accipi debet, quasi non aliter possit vestimentum hoc esse peculij, quàm si seruus eo quotidie vtatur, sed sufficit vt eo possit ipse vti quoties velit si fortè sit preciosius, quàm vt vsu quotidiano consumi debeat, dum ne alius quisquam inuito eo vti possit. Hoc enim satis innuunt verba quæ sequuntur, *idque ab eo eius vsu gratia custodiretur.* At cùm dominus vestimentum seruo dedit ita vtendum vt non semper, id est, quoties seruus vellet, sed certis tantùm temporibus, & ad certum duntaxat vsum eo vteretur, veluti cùm aut dominum sequeretur aut cœnanti ei ministraret, apparet non tam serui, quàm ipsius domini gratia id vestimentum seruo datum, ideóque non ea mente vt peculij fieret. Nihil enim esse in peculio potest quod non videri debeat proprium patrimonium ipsius serui *leg.* 5. §. *peculium suprà leg peculium & ex eo* 39. *infr. hoc tit.* Videtur autem ex hac lege induci posse non malè, vestes illas preciosiores quas maritus constante matrimonio vxori exhibuit ad ornatum, & ad maiorem ipsius mariti decorem & dignitatem non censeri donatas mulieri, quomodo censentur eæ quas in vsus quotidianos subministrari mulieri à viro necesse est, vt quod à domino traditum in peculio serui esse non posset, nec in mulieris patrimonio censeri hac parte debeat quod à marito traditum est, durante matrimonio. De quo vide quæ scripsi in Codice Fabriano *defin.* 2. *de donat. ante nupt.*

26. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI semel ex ea causa, id est, quod dolo fecerit, dominus præstiterit de peculio conuentus: cæteris ex eadem causa nihil præstabit.

Ad l. Si semel 26.

RAT. DVB. Dominus qui dolo malo aliquid facit in peculio, vtputa in tribus illis casibus quos Vlpianus expressit in *l. summa cum ratione* 21. *suprà* obligatum eo nomine creditoribus omnibus æquali iure, quia omnium æquè interest nihil in peculio fieri dolo malo. Ergo quod ex ea causa dominus præstitit vni ex creditoribus à quo priore conuentus de peculio fuit, non debet ei prodesse aduersus cæteros vt ijs agentibus nihil eo nomine præstare debeat: ne sit in ipsius potestate præripere cæteris quod æquè debetur omnibus, cùm par omnium creditorum condicio facta est *leg. quod autem* 6. §. *sciendum infr. quæ in fraud. credit.*

DEC. Quod semel debetur, semel tantùm solui debet: nam & cùm ex pluribus causis aliquid debetur, vna solutio sufficit ad obligationes omnes perimẽdas, quia nõ vt ex plurib. causis deberi quid nobis potest, ita & nostrũ fieri potest *l. in numerationibus* 44. *infr. de solut. l. non vt ex plurib.* 159. *de regul. iur.* Imò etiam qui bis idem promitteret ipso iure tamen ampliùs quàm semel non deberet, *leg. qui bis* 18. *infr. de verborum obligationib.* multo

multo magis si ex vna eademq; causa vt in proposito, debitum aliquid pluribus fuit. Quod ergo ex causa doli præstitit dominus actione de peculio alicui ex creditoribus iā ab eo conuentus prodesse illi debet aduersus omnes cæteros, ne quid ijs amplius eo nomine præstare teneatur. Quid enim possis ei imputare qui coactus fuerit & iure cogi potuerit ad solutionem? *d. l. quod autem 6. §. apud Labeonem & seq. infr. quæ in fraud. credit. l. ait Prætor 7. §. permittitur supr. de minor.* Quid rursum creditori qui prior egit de peculio & sibi vigilauit? *d. §. sciendum & l. pupillus 24. quæ in fraud. credit.* maximè cùm in actione de peculio melior sit conditio occupantis vt diximus ad *l. si verò 10. supr.* & dicemus ad *l. ex facto 52. eod. tit.* Alioquin posset imputari domino cur à creditore qui prior egit & cui soluit cautionem nō extorsisset, vt in tributoria actione *l. 5. §. vlt. & l. seq. supr. de tribut. act.* Neq; potest videri dominus per gratificationē soluisse quod priori agenti & exigēti creditori soluit *d. l. pupillus 24. quæ in fraud. credit.* Sed aliquid potius ex ordine fecisse, vt Paulus loquitur in *l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Non ergo cogendus est vt iterum alijs soluat, alioqui dicendum erit tot solutionibus onerandum eū esse, quot sunt creditores, quod esset ridiculum & iniquum *l. 4. infr. de in rem vers.*

1 ¶ Si tantundem seruus ei debeat, quantum dolo minuit: non erit condemnandus. his consequens erit, vt, manumisso quoque [a], vel alienato seruo, ex causa etiam doli intra annum teneatur.

Ad §. 1. si tantundem.

RAT. DVB. Æquitas sola est quæ merum ius compensationis inducit *l. inter tutores 36. infr. de admin. tutor.* Æquitas autem semper deficit his qui dolo malo aliquid fecisse probantur *l. pen. in fin. ad S.C. Trebell.* Numquā enim æquitas fauet dolo quē è contrario semper puniri bonum & æquum est *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* Ergo dominus qui dolo malo ademit aut minuit peculium in necem creditorum, non est audiendus si conuentus actione de peculio velit compensare id quod ex causa doli debet cum eo quod sibi debetur, ac proinde omnimodo condemnandus est, vt quod ex dolo suo debet præstet.

DEC. Compensatio ipso & mero iure fit eius quod inuicem debetur *d. l. inter l. si ambo 10. & pass. de compensat.* id est, nullo alio hominis facto requisito, nisi vt opponatur. Nēpe quia vim solutionis obtinet, *l. si constat 4. Cod. eod.* nec fauore vllo affici creditur is qui ad compensationem admittitur, non magis quàm is qui admittitur ad soluendum id quod debet. Quemadmodum igitur dolus compensare volentis non efficit quominùs illi ipsi deberi aliquid vicissim possit: ita nec facere potest quominus ad compensationem admitti debeat, vnde fit vt etiam doli compensatio vtrimque fieri possit *l. domum 57. §. vltim. infr. de contr. empt.* & parium delictorum *leg. viro 39. solut. matrim.* & paris vtrimque culpæ & negligentiæ *d. l. si ambo*, ergo nec fieri potest, vt dominus condemnetur eius quantitatis nomine quàm dolo malo ex peculio minuit, cùm eam debere ipso iure desierit hoc ipso quod tantundem ei vicissim debitum fuit. Sed & obseruandū est compensationem, si qua hoc casu pro domino fieri intelligatur pendêre ex deductione quam ex peculio fecisse dominus creditur, non tantùm eo tempore quo cœpit conueniri de peculio, quo tempore sibi soluisse intelligitur, sed à quo primùm instanti cœpit esse peculij creditor, quia non est verisimile dominum id concedere seruo in peculium habere quod sibi debetur, vt suprà cum Vlpiano diximus in *l. sed si damnum 9. §. prætereà supr. hoc tit.* Et quemadmodum domini dolus, qui interuenit in adimendo vel minuendo peculio non impedit deductionem illam quæ ipsa quoque fit ipso iure, & per fictionem quoque iuris quasi præuenisse dominus & secum egisse sibique prior soluisse intelligatur *d. l. sed si damnum §. peculium & d. §. prætereà.* consequens est vt neque compensationem illam impedire possit quæ ex eius deductionis potestate inducitur: & quæ facit vt nihil aliud deducat dominus quàm quod compensat: ita fit vt euitetur circuitus, qui inducendus esset si dominus ex dolo suo condemnaretur, eique vicissim permitteretur deducere quod sibi deberetur: contra rationem illam quæ ius compensationis generaliter induxit, quòd cuiusque intersit non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compens. l. stipulatus 15. in princip. infr. de fideiuss.*

a *His consequens erit vt manumisso quoque.*

RAT. DVB. Actio annalis de peculio quæ à Prætore datur cùm seruus qui peculium habuit vel mortuus vel manumissus vel alienatus est *l. 1. infr. tit. prox.* non habet locum eo casu, quo peculium per ademptionem extinctum sit. Nam ademptio vel bona fide facta est vel dolo malo & in necem creditorum si bona fide non est æquum peculio extincto & mortuo per ademptionem, vt loquitur Marcianus in *l. peculium 40. infr.* actionem tamen de peculio durare, ne quidem intra annum *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Ideóque nec verba edicti Prætoris casum hunc comprehendunt. Sin dolo malo facta ademptio est, perinde haberi eam æquum est ac si facta non esset, & idcirco superesse actionem de peculio perpetuam non annalem *l. summa cum ratione 21. supr.* Ergo non potest verum esse quod Paulus hîc scribit tanquam consequens superioribus, manumisso quoque vel alienato seruo dominum ex causa etiam doli intra annum teneri.

DEC. Cùm seruus mortuus vel manumissus vel alienatus est non potest esse perpetua actio de peculio, quæ extincto ex his causis peculio, extincta quoque ipsa potiùs ipso iure deberet, visūmque est Prætori, sufficere creditoribus debere si ad annum vsque obligatio produceretur *d. l. 1. §. meritò infr. tit. prox.* quod verò dolus malus domini interuenit in adimendo vel minuendo peculio facere non potest actionem perpetuam quæ his casibus ex Prætoris edicto est annalis: nec aliud petere creditores possunt nisi vt in actione illa annua huius quoq; doli ratio habeatur ac proinde intra eum ipsum annum intra quem actio ipsa de peculio proponenda est, in quam necessitas incidit vindicandi huius doli. Neque enim dolus hîc nouam actionem parit, sed annalem, quæ à Prætore inducta est, afficit, nouámque ei qualitatem & condicionem quandam adiicit, vt ea actione dolus quoq; domini vindicetur. Idq; ex ipsius edicti verbis illis quæ Vlpianus refert in *d. l. 1. etsi quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quominùs peculij esset.*

27. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ET ancillarum nomine & filiarumfamilias, in peculio actio datur. maximè si qua sarcinatrix, aut textrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat: datur propter eam actio depositi quoque & commodati actionem dandam [a] earum nomine, Iulianus ait. sed & tributoriam actioné: si peculiari merce, sciente patre, dominóve negotientur: dandam esse longè magis non dubitatur, & si in rem versum est [b] quod iussu patris dominíve contractum sit.

Ad l. Et ancillarum 27.

RAT. DVB & DECID. eadem est quæ ad *l. 1.* §. vbi idipsum scriptum est quod in hac lege, *Pretoris edictum de peculio.* & *Quod cum eo qui in alien. potest. est negot. gest. eff.* dicet, non minus ad fœminas quàm ad masculos pertinere. Nam nec ancillæ facilè in hoc comparantur vt pariant, *l. ancillarũ 27. supr. de hered. petit.* Sed potius vt nobis seruiant, & negotientur *l. procuratoris 5. §. sed & si ancilla supr. de tribut. action. l. nam & plerique 6. de instit. act.* eo scilicet negotiationis genere quod & mulieribus conuenire potest salua sexus verecundia, quæ etiá in ancilla honesta & laudanda est: in filia verò familias omnino necessaria, puta si qua, vt Caius hîc ponit, sarcinatrix aut textrix fuit, aut aliquod eiusmodi artificium vulgare exercuit, quamquam & si alienis negotiis gerendis se immiscuerit idem est *l. si filiafamilias 14. supr. de negot. gest.*

a *Depositi quoque & commodati actionem dandam.*

RAT. DVB. & DECID. ad hunc versic eadem est quæ ad *l. depositi 5. supr. hoc tit.* & ad *l. 3. §. si filiofamilias supr. Commod.* vbi diximus itemq; ad *d. l. procuratoris 5. §. sed & si ancilla supr. de tribut. act.* Quamquam in tributoria actione minorem dubitationé res habet cùm non detur in patrem vel dominum nisi eo casu quo peculiari merce sciente patre vel domino negotientur, Idq; est quod Caius significat his verbis *longe magis non dubitatur* locum habet *d. l. nam & plerique 6. supr. de instit. act.*

b *Et si in rem versum est.* Nullam hic versiculus recipit dubitandi causam: nam quod in rem patris versum est à filia, vel in rem domini ab ancilla cur non perinde obliget patrem, ac dominum, atque si à filio vel seruo versum esset: non tam enim ex persona quàm ex re ipsa hæc actio venit, ideoque furiosum & pupillum non minùs, quàm alium quemlibet dominum obligat *l. furiosus 46. infr. de obligat. & act. l. summa cum ratione 21 §. 1. supr.* nec tam inspiciendum est à quo, quàm quid & quantum in rem versum sit. Cur verò ex contractu filiæ vel ancillæ potiùs quàm filij vel serui permittemus locupletiorem fieri patrem vel dominum ex aliena iactura? Quòd si pater vel dominus etiam iusserit contrahi cum filia vel ancilla, minor quoque dubitatio est quin ex eo contractu pater vel dominus quod iussu teneatur, cùm ille ipse videatur contrahere, qui iubet, inquit *l. 1. in princip. infr quod iuss.* Itaque progressus est hoc loco Caius à casibus dubitabilioribus ad minùs dubitabiles: contrà quàm Africanus facere soleat qui progreditur à dubitabilibus ad dubitabiliores.

1 ¶ Constat, heredem domini id quoque deducere debere quod seruus cuius nomine cum eo de peculio ageretur, ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amouisset, consumpsisset, corrupisset.

Ad §. 1. Constat 10.

RAT. DVB. In actione de peculio non deducitur nisi quod domino debetur, aut ijs per quos etiam dominus fieri creditor potest *l. sed si damnum 9 § peculium & seqq. supr.* Atqui seruus qui ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis quid amouit, vel consumpsit, vel corrupit, nunquam ex hac causa fuit debitor domini sui post cuius mortem duntaxat deliquit: nec rursus debitor videri potest heredis qui nunc de peculio conuenitur, quoniam damna hæc intulit non heredi, qui nondum adierat, sed hereditati quæ non heredis, sed defuncti personam repræsentat *l non minùs 31. §. 1. de hered. instit. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin* Ergo non est concedendum heredi domini cùm ex persona huius serui hereditarij de peculio conuenitur, vt ex peculio deducat quod hic seruus ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amouit, aut consumpsit, aut corrupit, præsertim cùm nec hereditati seruus hic furtum facere potuerit, quia furtum nihil nisi possessionis interuersio est: hereditas autem cùm sit persona ficta, quæ neque pedes, neque manus habet possidere nihil potest, nec proinde furti actionem quæ nunquam ei quæsita fuit ad heredem transferre, vt Vlpianus ratiocinatur in *l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. est iuss. iunct. §. 1. eiusdem legis.*

DEC. Heres quandocunq; hereditatem adierit, iam ex die mortis illã adiisse retrofingitur *l. heres quandoque 54. de acquir. hered. l. si ex re 28. §. vlt. de stipul. seruor. l. omnis hereditas 38. l. omnia ferè 193. de reg. iur.* deletúrq; memoria hereditatis quasi nulla vnquam fuerit ex quo nacta est heredé, vnde est quod dicim⁹ heredé & hereditaté tãetsi duas appellationes recipiãt vnius tamẽ person æ vice fũgi *l. heres & hereditas 22 de vsucap.* scilicet defuncti cuius personam hereditas primùm deinde heres repræsentat. Proinde seruus hereditarius qui ex supradictis causis factus est debitor hereditatis perinde haberi debet ac si domino ipsi quasi tùm adhuc viuenti debere cœpisset. Quo casu nemo dubitaret quin actione de peculio conuentus heres deducere id posset, quod defunctus si hodie viueret, & conueniretur, posset deducere, nec aliud erit, etiamsi ponas seruum hunc fuisse statuliberum & testamento liberum esse iussum Quamquam enim eo casu deficit ciuilis actio, non tamen deficit naturalis æquitas ex qua Prætor honorariam & pœnalem in duplum actionem ex huiusmodi causa contra statuliberum induxit *d. l. 1. in princip. & §. 1. ill. tit. si is qui testam. lib. ess. iuss.* ex qua actione non dubitatur quin seruus hic hereditarius quamuis statul ber fiat debitor proprius heredis, & quidem tanquam heredis, & ex causa hereditaria, cùm tantò minùs locupletem accipiat hereditatem, quæ esset hodie locupletior si seruus hic nihil ex hereditate amouisset, consumpsisset, corrupisset, quamuis actio illa pœnalis

pœnalis, quæ in duplum datur heredi ex eo edicto incipiat ab herede, nec vnquam competierit defuncto. Non enim ob id minùs hereditaria actio est, aut saltem hereditariæ actionis loco habenda *arg. l. hereditariarum 40. de oblig. & act.* inspecta scilicet causa & origine, quæ fuit hereditaria.

2 ¶ Si seruus alienatus sit: quamuis in eum, qui alienauerit, intra annum Prætor de peculio actionem polliceatur: tamen nihilominus & in nouum dominum actio datur. & nihil interest aliud apud eum adquisierit peculium, an quod pariter cùm eum emerit, vel ex donatione acceperit, eidem concesserit.

Ad §. 2. *Si seruus.*

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones, sine causa & necessitate *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt. l. 1. supr. de Public. in rem act.* sicuti nec multiplicanda sunt entia, vt volunt Philosophi, nisi cùm naturæ necessitas cogit. Atqui cùm seruus alienatus est, ex cuius persona & contractu creditori competebat actio de peculio, nulla necessitas est dandæ actionis de peculio contra eum qui emit, vel ex donatione, aut alio acquisitionis titulo accepit, cùm supersit verus actio intra annum aduersus eum ipsum qui vendidit, aut aliter alienauit *l. 1. infr. tit. prox.* Nec habet creditor iustam conquerendi causam, quòd actio de peculio, quæ anteà erat perpetua, facta sit per alienationem annalis, cùm æqui potiùs bonique consulere debeat, quod post alienationem serui, adhuc saluam habeat actionem, quam ipso iure nullam habere deberet extincto per alienationem peculio *d. l. 1. §. meritò.* Cumque annus ille sit vtilis imputare omnimodo sibi debet creditor, si intra annum illum non egerit, cùm potuerit.

DEC. Actio de peculio cùm ex contractu serui detur, nec contra seruum dari possit, necesse est, vt contra dominum detur, & quidem contra eum qui dominus sit eo tempore quo agitur, non qui dominus fuit eo tempore quo contrahebatur. Nouum ergo dominum directa actione de peculio teneri & conueniri posse certum est, si modò apud eum seruus peculium aliquod habeat, siue quod acquisierit, siue quod nouus dominus cùm eum emeret pariter ei concesserit. Nec enim aliter de actione de peculio tractari posset, vbi nullum peculium esset, neque obstat si quis dicat, creditores qui cum hoc seruo ante alienationem contraxerunt, non posse videri intuitos tanquam patrimonium serui hoc peculium, quod seruus apud nouum dominum habiturus quandoque esset, de quo, contractus tempore, non cogitabatur. Dicimus enim conueniri nouum dominum, non quasi ex tacita quadam conuentione, aut æquitate, sed ex mera iuris ratione, quæ directam de peculio actionem parit, quia dominus est. At prior dominus qui vendidit, cùm exinde desierit teneri actione directa licèt peculium sibi retinuerit, quia dominium amisit, vtili tamen actione tenetur, quia retinuit peculium. Sed non tenetur nisi intra annum ex æquitate illa Prætoris, quam Vlpianus exprimit in *d. l. 1. §. meritò infr. tit. prox.* Itaque non tam mirum videri debet, quod habeant creditores actionem directam de peculio contra nouum dominum, quàm cur retineant vtilem annalem aduersus eum qui alienauit, sed ratio tamen huius quoque iuris euidens est, quia fieri facilè potest, vt nullum inueniatur peculium apud nouum dominum, si fortè nullum ei nouus dominus concesserit, nec apud nouum dominum seruus vllum acquisiuerit. Quo casu morarentur in damno creditores, si nullam actionem haberent ne quidem vtilem, & annalem aduersus alienatorem, qui alienando seruum peculium sibi excepisset, cuius tamen intuitu & contemplatione cum eius seruo contraxerant. Nam si prior dominus seruum alienauerit cum peculio & peculium tradiderit, certum est ne intra annum quidem de peculio conueniri eum posse, cùm precium hoc peculij non sit peculium, vt ex Neratio subtiliter tractat Vlpianus in *l. si ex duobus 32. §. vlt. infr.* Impossibile autem sit in eum dari actionem de peculio, penes quem nullum sit peculium nisi in specie *l. quia 12. supr.* Eaque nimirum ratio esse mihi videtur propter quam non sicuti mortuo seruo, vel alienato, vel manumisso superest actio de peculio annalis, ita & adempto peculio, quamuis æquè absurdum videatur facto domini peculium adimentis extingui actionem de peculio, atque cùm seruus alienatus est, aut manumissus: nempe quia ademptio extinguit peculium in totum, non etiam serui manumissio, vel alienatio, quæ nomen duntaxat peculij aufert (quia non potest paterfamilias habere peculium *l. vlt. in fin. C. de inoff. testam.*) non autem effectum, quia remanet in bonis & patrimonio eius, in cuius anteà erat. Et remaneret sub nomine peculij, si paterfamilias quoque peculiū habere posset: Igitur extra casum adēptionis peculij habet electionē creditor peculiaris, an cum emptore malit agere, an cum venditore *l. si noxali 11. §. idem scribit sup. l. si creditor 37. §. pen. infr.* Iunge §. *seq.*

3 ¶ Illud quoque placuit (quod & Iulianus probat) omnimodo permittendum creditorib. vel in partes cum singulis agere, vel cum vno in solidum.

Ad §. 3. *Illud quoque.*

RAT. DVB. Ita comparatum fuit ius vetus, vt si quando eadem res, vel quantitas à pluribus deberetur electione vnius alij liberarentur *l. vlt. C. de fideiuss. l. si ex duobus 32. in princip. inf. hoc tit.* Quemadmodum & is cui plures actiones ex eadem causa competebant eligendo vnam, amittebat alteram *l. quod in heredem 9. §. eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2.* Ergo quod habet electionem creditor peculiaris, an cum emptore velit agere, an cum venditore, vt proximè diximus, non debet facere, quin liberetur venditor in totum, si eligat ille emptorem pro parte, aut contrà & ita videtur sensisse Proculus, cuius opinionem refert & probat Paulus in *l. quoties 47. §. si creditor infr.*

Dec. Sententia huius loci non illa est, vt creditor peculiaris, qui contra venditorem egit, aut in solidum, aut pro parte possit mutato consilio aduersus emptorem agere, vel in solidum, vel pro parte, aut contrà: sed vt possit & debeat ab initio eligere, an contra alterutrum velit agere in solidum, an contrà singulos diuisa actione, id est, contra vnumquemque eorum pro parte, quomodo & creditori qui duos habet correos debendi permittitur *l. 3. §. 1. infr. de duob. reis l. si creditores 18. C. de pact.* Nulla enim videri potest iniuria fieri ei qui pro parte conuenitur, cùm etiam in solidum & solus conueniri potuit *d. l. si creditores l. reos 23. C. de duob. reis.* Cæterùm siue in solidum contra vnum egerit, non potest aduersus alium postea agere summo iure, siue ab initio cum singulis in partes egerit, non est ei permittendum, vt aduersus alterutrum in solidum experiatur, nisi ab eo consequi solidum non potuerit, quod petiit: nam in actione de peculio ex æquitate, non tam intentio sola, quàm perceptio parit liberationem *l. si ex duobus 32. in princip. infr. hoc tit.* Quod & in cæteris omnibus causis generalius à Iustiniano constitutum est in *d. l. vlt. C. de fideiuss.* an verò re integra permittendum sit creditori actionem diuidere & emptorem ac venditorem conuenire pro æquis partibus, controuersa fuit quæstio inter veteres Iureconsultos & aliud Proculi iudicium & Pauli in *d. §. si creditor.* aliud Iuliani in *l. si creditor 37. §. seruum in fin. infr.* quem Vlpianus hîc refert & probat, cuius sententia licèt magis placuerit cæteris, vt vterq; testatur, alio tamen iure nos, vt Paul. ait in *d. §. si creditor*, id est, cõtrariã Proculi opinionẽ in praxi tandẽ obtinuisse, vt ibi dicemus.

4 ¶ Sed ipsi, qui vendiderit seruum non putat Iulianus de eo quod antè venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum.

Ad §. 4. *Sed ipsi, qui vendiderit.*

Rat. dvb. Non debet esse deterior conditio domini qui creditor serui sui fuit priùs quàm eum venderet, quàm aliorum creditorum qui similiter ante venditionem serui contraxerunt, cùm in plerisque sit etiam melior, in eo præsertim, quod habet priuilegium deductionis, vt in eo quod sibi à seruo debetur, cæteris omnibus creditoribus etiam anterioribus præferatur *l. ex facto 52. infr.* quasi alios omnes præuenisse, ac secum egisse prior videatur *l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea supr.* Atqui creditores cæteri habent electionem seruo alienato, an cum emptore agere velint, an cũ venditore. Et quidem cum emptore actione directa & perpetua, quia dominus est, cum venditore verò, quia alienauit seruum, sine peculio, actione vtili & annali ex *tit. quand. de pecul. act. est annal.* Ergo nec venditori ipsi denegandum est, vt agat de peculio cum emptore: nec enim per venditionem serui desiit esse ipsius creditor, quãdoquidem venditio non est, modus tollendæ obligationis siue naturalis, siue ciuilis. Nam & è contrario si creditor serui eum comparauerit, non denegamus ei actionem de peculio contra venditorem, quam alius quilibet emptor haberet, quamuis hoc amplius habeat, quod etiam deducere ex peculio potest quod sibi debetur si hoc malit *l. si noxali 11. §. pen. supr.* Quod ergo emptori conceditur aduersus venditorem, cur non permittamus venditori contra emptorem? Maximè cùm venditor post factam à se venditionem nullum ius deductionis habere amplius possit.

Dec. Dominus idemque serui sui creditor si seruum vendiderit, vel cum peculio vendidit, vel sine peculio, si cum peculio imputare sibi debet, cur peculium vendendo non priùs ex eo detraxerit, quod sibi debebatur: Sera enim detractio est post venditionem, factamque dominij translationem. Quæ translatio etiamsi per traditionem facta non esset, adhuc tamen obstaret venditori exceptio rei venditæ de qua in *l. 1. & tot. tit. infr. de except. rei vendit.* Si verò peculium cum seruo non vendiderit, nihil causæ est, cur permittendum ei sit agere contra emptorem, cùm satis sibi soluerit retentione peculij, cuius nomine etiam conueniri ab aliis creditoribus potest, & ex quo tamen cùm conuenietur, vtique deducere poterit quod sibi debitum fuit, & quidem quasi iam solutum, vt proinde si contra emptorem permitteremus ei agere, hoc ipso indulgeremus, vt quod iam ipse sibi soluisset ab alio, iterum exigeret, quod certè contra bonam fidem esset *l. bona fides 57. de regul. iur. l. si quis dolo 51. infr. de re iudic.* At cæteri creditores in eo dissimilem causam habent & fauorabiliorem, vt possint agere etiam cum emptore, quod nihil eis imputari potest, siue cum peculio, siue absque peculio seruus venditus proponatur.

5 ¶ Sed & si alieno credidero, eumque redemero, deinde alienauero: æquè non putat mihi in emptorem dari debere iudicium.

Ad §. 5. *Sed & si alieno.*

Rat. dvb. Vulgare nostrorum brocardicum est, nec absurdum facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam ex *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. supr. de pact. l. filio 23. infr. d. liber. & posthum.* Atqui cùm quis seruo alieno pecuniam credidit, eumque posteà redemit, etiamsi subinde eum alienauerit, habuit tamen ab initio actionem, de peculio contra eum qui serui dominus tempore crediti fuit. Quæ licet acquisitione serui extincta sit, quasi confusionis potestate, faciliùs tamen potest reuiuiscere per alienationem eiusdem serui posteà factam, quia res redierit ad eum casum à quo incepit, & incipere potuit. Ergo dicendum est in hoc saltem casu dandam esse venditori actionem de peculio contra emptorem, esseque hunc casum valde diuersum à superiore in quo nulla vnquam venditori eidemque domino competiit actio de peculio, quippe quam neque contra seruum, neque contra seipsum habere potuerit *l. cum seruo 107. de regul. iur. l. ne cum filiofamilias 16. de furt.*

Dec. Dominij acquisitione extinguitur actio quam ex facto, aut contractu serui alieni contra dominum habere quis potuit *l. electio 26 §. vlt. supr. de noxal. action. l. 2. in fin. supr. si ex noxal. caus. agat.* Actio autem semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream de solut.* ideoque si quando vrgeat æquitas, vt

tas, vt ressuscitari eam oporteat, restituenda est, vt in *d. l. 2. in fin. l. Papinianus 18. supr. de seruit. l. si locus 14. sup. quemadm. seruit. amitt. non aliter l. ob eam causam 9. infr. de praescript. verb.* Ergo non magis in hoc casu, quàm in superiore permittendum est domino, qui seruum vendidit, vt agat de peculio contra emptorem, satisque ei esse debet, quod ex Praetoris beneficio saluam habeat actionem annalem de peculio contra suum venditorem exemplo alterius cuiuslibet creditoris, quam tamen habere nullam ipso iure deberet, vt dicemus in *§. seq.* ponimus enim emptorem hunc non eum ipsum esse dominum qui antea fuerit obligatus de peculio, sed alium in quem actio de peculio nunquam competierat, & alium fuisse primum venditorem, quàm qui secundus emerit, vt apparet ex *d. §. seq.* Quamquam nec distinguendum est, quisnam hic nouus dominus sit, an idem ille, qui crediti tempore iam fuerat, an alius, cùm acquisitione dominij confundatur, & extinguatur actio, nisi quae à Praetore intra annum conseruatur aduersus venditorem, vt diximus. Eademque ratio decidendi locum hîc habet, quae à nobis ad superiorē casum allata est, quod vel imputare sibi debeat venditor si peculium cum seruo vendiderit, nec quod sibi debebatur exceperit, vel si peculium totum sibi retinuit, sibi quoque ex eo iam soluisse credendus sit.

6 ¶ In venditorem autem duntaxat intra annum post redemptionem numerandum, de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat: deducto eo, quod apud me peculij seruus habebit [a].

Ad §. 6. *In venditorem autem.*

RAT. DVB. Non videtur posse imputari domino cur non egerit de peculio contra venditorem suum per totum illud tempus, quo dominus & possessor serui fuit, cùm & dominij acquisitione extincta fuerit actio, vt diximus in *§. praeced.* & toto eo tempore potuerit ille ipse de peculio conueniri à caeteris serui creditoribus, si mallent illi eum eligere quàm venditorem *l. si noxali 11. §. pen. supr. l. si creditor 37. §. penult. in fin. infr. & §. si seruus supr. hac lege.* Difficile enim est, ne dicam absurdum, vt quis contra alium agat eo nomine, ex quo conueniri ab aliis ipse possit, quasi contra seipsum agere priùs debeat, & ita sibi soluere. Ergo vel nulla huic emptori contra venditorem danda actio est, ne quidem intra annum quasi per confusionem amissa, vel annus non ex die acquisitionis numerandus est, sed ex die posterioris alienationis.

DEC. Non tantùm quiuis creditor agere contra venditorem ex antegesto potest, sed & ipse emptor *l. quoties 47. §. non tantùm infr.* ne deterioris conditionis sit, quàm alius quilibet creditor, cùm alterius cuiuslibet vice emerit, nec venditoris quicquam intersit, an ab emptore eodemque creditore, an verò ab alio creditore quolibet conueniatur. Nihil ergo causae est, cur annus intra quem conueniri venditor potuit, non currat emptori ex die redemptionis, cùm acquisitio dominij actionem eius annalem contra venditorem non extinxerit, & ei qui potuit agere imputandum sit, cur non egerit. Nec habet emptor hic idemque venditor de quo conqueratur, cùm satis ei indulgeatur, quod saluam ei relinquit Praetor actionem annalem de peculio contra venditorem, quae ipso iure extincta videri deberet, non tantùm ob extinctum per serui alienationem peculium (quae ratio huic emptori communis est caeteris creditoribus *l. 1. infr. tit. prox.*) sed magis propria & specialiore ratione, propter confusionem quae contigit per dominij acquisitionem *l. electio 26. §. vlt. sup. de noxal. act. l. 2. §. vltim. si ex noxal. caus. agat.*

a *Deducto eo quod apud me peculij seruus habebit.* RAT. DVB. Deductionis vsus eo demùm casu locum habet, quo quis de peculio conuenitur, vt tantò minùs cogatur soluere agenti creditori. Estque priuilegium hoc domini qui conuenitur *l. ex facto 52. infr. hoc tit. l. procuratoris 5. §. sed est quaesitum supr. de tribut. act.* Ergo non debet hoc ius in eiusdem odium retorqueri, vt etiam agendo deducere cogatur, quod apud eum seruus peculij habuit.

DEC. Cùm dominus conuenitur habet priuilegium deductionis eius quod sibi debetur. At cùm agit, deducere debet quod penes se habet ex peculio. Alia igitur, atque alia deductio est, sed quae tamen eandem ferè habet rationem: nam & quod deducitur ex peculio, tanquam debitum domino deducitur eo colore quasi iam ipsi domino solutum sit *l. sed si damnum 9. §. praetereà in fin. supr.* Et quod deducitur peculij existentis penes emptorem agentem contra venditorem, illo etiam colore fit, quasi pro soluto haberi debeat, quod emptor ex peculio apud se habet, & ex quo si conueniretur ab aliis creditoribus, nec ei quicquam debitum esset soluere cogeretur. Et quemadmodum emptor conuentus de peculio à creditoribus potest deducere, quod sibi debetur, & quodammodo seipsum eligere eligendo pro actione deductionem, vt subtiliter ex Iuliano Vlpianus scribit in *l. si noxali 11. §. pen. sup.* Ita & cùm agit aduersus venditorem tanquam alius quilibet creditor debet seipsum quodammodo eligere & contra seipsum agere, vt quod alij cuilibet creditori ex peculio soluere teneretur, sibi ipsi soluat. Hoc verò in effectu fit cùm ipse imputat sibi in solutum, quod habet ex peculio, fitque haec deductio etiam iure tacitae cuiusdam compensationis, eius scilicet quod hic emptor tanquam emptor debet sibi tanquam creditori. Est enim sui ipsius debitor & creditor diuersis respectibus, & alius quodammodo est, si consideretur tanquam emptor: alius verò si tanquam creditor *l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt.* Denique nulla ei vnquam fit iniuria qui ex eo, quod penes se habet, aut alienum, aut aeri alieno obnoxium, sibi ipsi soluere cogitur, cùm ea solutione perinde indemnitatem consequatur. Sic in *l. si creditor 37. in fin. l. quoties 47. §. non tantùm infr.*

7 ¶ Sicut autem de eo, quod ipse crediderim seruo meo, non putat Iulianus in emptorem, alienato eo, actionem mihi dari debere: ita & de eo, quod seruus meus seruo meo crediderit: si is, cui creditum fuerit alienatus sit, negat permitti mihi debere cum emptore experiri.

Ad §. Sicut autem 7.

RAT. DVB. Cùm vendo tibi seruum cui alius meus seruus pecuniam crediderat, nullum serui mei qui credidit factum intercedit, propter quod videri possit sublata naturalis obligatio, qua seruus venditus idemque debitor huic seruo tenebatur. In quo differt hic casus à superiore: nam cùm vendo tibi seruum, qui mihi debebat, possum videri ius meum totamque obligationem naturalem remisisse, & consequenter actionem de peculio, quam alius quilibet serui creditor contra te habere hodie posset: quia non debui vendere nisi retento, aut excepto eo quod mihi debebatur. Videor autem maluisse ita vendere, vt cariùs tibi seruum venderem, nec facti mei ignorantiam probabiliter possum obtendere *l. quamquam 7. infr. ad SC. Vellein.* Ergo permittendum est, vt ex contractu serui mei eiusdemque creditoris habeam hodie contra te actionem de peculio, licèt eum ipse tibi vendiderim, vt quemadmodum venditio per me facta aliis creditoribus serui mei quibus imputari nihil potest nocere non debet, nec noceret alij seruo meo creditori si posset agere, ita nec mihi nocere debeat venienti ex eius persona, præsertim si creditum eius ignoraui. Quia nec videri quisquam potest remisisse ius illud quod ignorauit sibi competere *l. mater decedens 19. sup. de inoffic. testam.* Alieni enim facti ignorantia semper tolerabilis est *l. vlt. pro suo.* & parcendum est domino, qui noluit onerari, vt in singula momenta causas peculiorum, & statum à seruis suis requireret *l. peregrè 44. §. 1. de acquir. poss.*

DEC. Quod seruus conseruo suo debet etiam domino debet *l. sed si damnum 9. §. huic definitioni supr.* ideoque perinde à domino deduci ex peculio potest *l. si seruus 17. vers. sed & si quid supr.* Ergo sicuti non potest dominus, qui seruum vendidit agere posteà de peculio contra emptorem pro eo quod sibi debitum fuit, vt diximus ad §. *sed ipsi 4. supr.* Ita neque pro eo quod seruus ille venditus conseruo suo debuit, quoniam vtroque casu perinde imputari domino potest, cur vendendo seruum non meliùs sibi prospexerit, nec ante venditionem serui diligentius inquisierit, quod nullo labore, nulloque sumptu facere poterat an seruus seruo aliquid deberet, quod in venditione excipi ac retineri oporteret. Debuit enim scire futurum, vt quod seruus venditus conseruo suo deberet, nulla de peculio actione contra emptorem exigi vnquam posset.

8 ¶ Si quis cum seruo duorum, pluriúmve contraxerit: permittendum est ei cum quo velit dominorum, in solidum experiri. est enim iniquum, in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit nec huius duntaxat peculij [a] ratio haberi debet, quod apud eum, cum quo agitur, is seruus haberet: sed & eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est [b] ei, qui condemnatur: cùm possit rursus ipse iudicio societatis, vel communi diuidundo, quod amplius sua portione soluerit, à socio, sociisve suis consequi. quod Iulianus ita locum habere ait [c], si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu, soluendo quisque etiam socium ære alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contrà esse: quia nec liberare vllo modó ære alieno eum intellegitur.

Ad §. vlt. Si quis cum seruo.

RAT. DVB. Seruus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed tantùm pro partibus indiuisis, quas intellectu magis habent quàm corpore *l. seruus communis 5. infr. de stipulat. seruor. iunct. l. Maeuius 66. §. duorum de legat. 2.* Atqui non potest dominus teneri ex persona, vel contractu serui nisi quatenus dominium in eo habet, quia nec alia ratione tenetur, quàm quia dominus est. Ergo si quis cum seruo duorum pluriúmve contraxerit, non est ei permittendum, vt cum quo velit dominorum in solidum experiatur, sed contra singulos agere debet de peculio pro iisdem partibus, quas haberit in dominio serui. Quemadmodum nec seruus potest iis acquirere nisi pro partibus dominicis *l. 1. & tot. ill. tit. de stipulat. seruor.* Ne facilius sit seruo dominos singulos in solidum obligare, quàm ipsis in solidum acquirere, quod absurdum esset. Vt enim æquius, ita facilius longè est per seruum acquiri aliquid dominis, quàm eos obligari *l. seruus vetante 62. de verb. obligat. l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. qui in [illegible]na 6. de acquir. hered. l. melior 133. de reg. iur.* quod & in filiosfamilias iuris est *l. filiusfamilias 22. infr. de solut.*

DEC. Iniquum est in plures aduersarios distringi creditorem, qui cum vno tantùm contraxerit *l. 2.* vbi dixi *supr. de exercit. action.* Qui enim cum seruo plurium, habente ab omnibus peculium commune, contrahit, vniuersum serui peculium cuiuscunque sit, & vbicunque sit velut proprium ipsius patrimonium intueri videtur *l. si ex duobus 32. in fine princip. infr.* Idemque est si seruus vnius quidem domini tantùm sit, sed tamen duplicis generis habeat peculium, vt in specie *l. hinc quæritur 19. §. 1. supr.* Ergo quoties aliquis cum seruo duorum pluriúmve contraxit permittendum ei est, vt cum vtro velit ex dominis in solidum experiatur.

a *Nec huius duntaxat peculij.* RAT. DVB. In duobus sociis speciale est, vt etiam cum eo agi de peculio possit apud quem peculium non est *l. quia 12. iunct. §. vlt. legis præced. & legib. seqq. supr.* Atqui duo domini eiusdem serui non ideò sunt socij: potest enim idem seruus inter aliquos communis esse etiam sine societate puta si duobus pariter legatus, donatúsve aut aliter acquisitus sit §. *item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Ergo si contra vnum ex duobus dominis eiusdem serui agatur de peculio, eius tantùm peculij ratio haberi debet, quod apud eum est

eum est cum quo agitur, non etiam illius quod apud alterum est. Et verò absurdum videtur teneri quem actione de peculio, vt præstet illud etiam peculium quod non habeat. Nam sicuti ex hac actione nihil præstatur, imò neque tenet actio si nihil sit in peculio *l. quæsitum 30. infr. ita neque plus quàm sit in peculio*. Hoc enim fit tantùm per actiones de in rem verso & quod iussu, vt scribit *Iustin. in tit. quod cum eo qui in alien. potest*.

Dec. Quod pertinet ad hanc actionem de peculio, eadem ratio est plurium serui dominorum qui socij non sunt, quæ esset si essent socij, quia in omnibus eadem ratio illa æquitatis locum habet, quod æquum non sit in plures aduersarios distringi eum qui cum vno tantùm contraxerit, vt diximus ad *l. sed in emptore 13. infr.* Vnde fit, vt hæc communio etiam societas quædam dicatur in *l. heredes 25. §. non tantùm 16. supr. famil. ercisc.* Et ratio rationis eadem quoque, quia is qui cum seruo contrahit omne ipsius peculium vbicunque sit, id est, apud quemcunque sit intuetur, velut proprium ipsius serui patrimonium *d. l. si ex duobus 32. in fine princip. infr. d. l. hinc quæritur 19. §. 1. supr.* Et hoc nimirum est quod diximus, in hac specie dari actionem de peculio contra singulos in solidum.

b *Nec tamen res damnosa futura est.* Rat. dub. Nemo ideo condemnandus est, aut cogendus soluere quod ab alio posteà repetiturus sit, si quid præstiterit *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* quia cuiuslibet interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. stipulatus 15. in princip. infr. de fideiuss.* Non est igitur bona ratio quam hîc adfert Caius, vt vnus ex dominis condemnari possit & debeat actione de peculio in solidum, & eius quoque peculij nomine, quod penes alium sit, quòd possit rursus ipse iudicio societatis, vel communi diuidundo, quod amplius sua portione soluerit, à socio socijs e suis consequi. Damnum enim aliquod subest pro incommodo repræsentationis, licèt ponas illud ipsum incommodum iudicio etiam societatis, aut communi diuidundo resarciri.

Dec. Non est hæc germana ratio illius definitionis quæ habet, posse vnum ex dominis conueniri actione de peculio in solidum, & pro eo quoque peculio, quod penes alium dominum sit, germana illa est quam nos attulimus. Sed responsio tantùm hæc est ad obiectionem, quæ fieri poterat ex eo, quod supradicta definitio damnosa videretur ei ex sociis, qui prior in solidum conueniretur. Docet autem Caius non esse damnosam, cùm is qui amplius parte sua præstitit consequi à socio indemnitatem possit pro socio, aut communi diuidundo. Similis ratio est in *l. 2. §. item si in facto de verb. oblig. & in l. inter coheredes 44. §. quod ex facto supr. famil. ercisc. l. 3. supr. de exercit. act. l. habebat quis 13. § vlt. de instit. act.* Iunge *l. & si non omnes 8. §. vlt. supr. commun. diuid. d. l. hinc quæritur 19. in fin. supr. hoc tit.* Proinde si qua de causa non posset conuentus partem eius quod soluisset, ab aliis repetere, non esset habenda ratio eius peculij, quod apud alios esset, ne damno & iniuria afficeretur is, qui ex eorum quoque persona soluere cogeretur, vt docet idem Iulianus cuius authoritate hîc Caius vtitur in *l. si creditor 37. §. seruum infr.*

c *Quod Iulianus ita locum habere ait.* Rat. dub. Etiamsi nullum sit peculium apud alterum ex dominis, qui de peculio non conuenitur, non eo minùs tamen verum est, seruum hunc esse communem plurium dominorum. Ergo non eo minùs dandum est iudicium societatis, aut communi diuidundo ei ex dominis, qui in solidum conuentus solidum præstiterit, vt indemnitatem à socio consequatur, quemadmodum si noxali iudicio conuentus solidam litis æstimationem præstitisset *l. si seruus communis 8. supr. de noxal. act.* Nam & qui peculium nullum habuit, de peculio tamen prior conueniri & quidem in solidum potuit *l. quia 12. supr.*

Dec. Ratio propter quam datur actio pro socio, aut communi diuidundo contra eum ex pluribus dominis, qui actione de peculio in solidum conuentus est, & solidum præstitit aduersus alium qui neque conuentus, neque condemnatus est, non alia est, quàm quia soluendo solidum, liberasse intelligatur socium ære alieno, quod ipse pro parte sua præstare debuisset: æquissimum autem sit & ex bona fide, vt quatenus eum liberauit, eatenus ab eo repetat: atqui ratio illa cessat cùm is solus soluit, apud quem solum seruus peculium habuit. Non enim potest videri liberatus vllo ære alieno, aut actione de peculio is, qui de peculio conueniri nullo modo potuit, quomodo non potest ex sua persona ille qui peculium nullum habet: non tantùm enim seruum communem esse oportet, sed etiam peculium commune, non quidem vt possit creditor eligere, quem ex dominis priorem in solidum velit conuenire, quod malè videtur sensisse Bartolus (potest enim etiam illum eligere, apud quem peculium nullum est *d. l. quia 12. supr.* ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit, vt scriptum est in princip. huius §.) sed vt is qui peculium nullum habuit conueniri à socio possit iudicio societatis, aut communi diuidundo. Nam & cùm is socius eligitur & prior conuenitur in solidum de peculio, qui peculium nullum habuit, non ex persona sua conuenitur, sed ex persona socij qui peculium habet. Nemo autem actionem & repetitionem habere debet, ob id solùm, quod aliquid ex persona sua propria præstiterit, non ex persona illius contra quem agere velit, pro se namque totum soluit, non pro alio *l. Papinianus 28. infr. mandat.* Noxalium actionum alia ratio est. Dantur enim contra dominum, quia dominus est, ac proinde quatenus dominus est, & tamen in solidum contra vnumquemque ex dominis, quia seruus pro parte, neque defendi, neque noxæ dedi potest *d. l. si seruus communis*. Ideoque æquum est, vt quod vnus ex dominis in solidum soluit, repetat ab alio pro parte iudicio societatis, aut communi diuidundo, non inspecto eo an penes alium sit aliquod peculium, quoniam in noxalibus actionibus nihil tractatur de peculio. Neque enim ex contractu veniunt, vt actio de peculio, sed ex delicto *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Obserua autem in hoc §. socios dici etiam eos, qui communem seruum habent sine societate, quamuis inter eos non sit locus actioni pro socio, sed communi diuidundo, vt & in *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. ercisc.*

28. Ivlianvs libro 11. Digestorum.

QVare etsi socio neque heres, neque bonorum possessor extitisset: eatenus damnari debet is, cum quo actum fuerit, quatenus peculium apud eum erit, & quantum ex bonis consequi potest.

Ad §. Quare etsi socio 28.

RAT. DVB. Aduentitij casus non sunt computandi *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Atqui aduentitium est, & extra ea quæ communiter accidunt positum, vt quis sine herede ac successore moriatur, ita vt nec fiscum successorem habeat, qui deficientibus, aut repudiantibus agnatis & cognatis omnibus solet succedere, non ergo debet creditoris deterior condicio fieri ob id, quod vnus ex dominis, sine herede aliôve successore decesserit, si modò apud eum quoque seruus communis peculium habuerit. Hoc enim ponendum est, secundum distinctionem Iuliani relatam in *§. vlt. legis præcedentis.* Adde quòd tum quoque cùm socius aliúsve debitor quilibet, sine herede ac successore decessit, creditori tamen succurri potest, vt ex edicto Prætoris mittatur in possessionem bonorum defuncti dato bonis curatore qui ea defendat, quomodo etiam fit, si diu incertum sit, an aliquis successor extaturus sit, necne *l. si diu 8. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. idem priuilegium 22. §. 1. de reb. author. iudic. possid. alias l. 7. de priuileg. credit. l. 1. de curat. bon. dand.* Non igitur eo minùs conseruanda est creditori electio, vt contra alium ex dominis in solidum agere possit de peculio. Ratione illa semper vrgente, quòd in plures aduersarios distringi non debeat, qui cum vno contraxerit.

DEC. Consulendũ quidem est creditori quantum fieri potest, vt cum vno quoque ex sociis possit in solidum experiri de peculio, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxit, sed ita tamen vt non moretur in damno is, qui pro socio solidum, quod in peculio est soluere cogitur. Casum enim illum aduersum socij, qui contrà quàm sperabatur sine herede, vel successore decessit, æquius est ei nocere, qui cum seruo contraxit vltrò, quàm ei ex dominis, qui nullo præsertim tractatu societatis habito incidit in condiuisorem *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. ercisc. iunct. l. vlt. infr. rem pupil. saluam for.* & cui proinde nihil imputare possis. Et quamuis æquum non sit in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit, non tamen æquum est, vt contra vnum ex sociis agens in solidum plus consequatur, quàm esset consecuturus si in plures aduersarios distringeretur: atquin etiamsi contra vtrumque ageret non plus tamen consequeretur, quàm quod apud vtrumque esset peculij, aut mortuo sine successore vno ex sociis, quantum ex bonis eius etiam non peculiatibus redigi posset. Ergo & tum quoque cùm agit aduersus vnum ex sociis in solidum, id est, de toto serui peculio, satis ei abundeque esse debet, si is cum quo agit eatenus condemnetur, quatenus peculium apud eum erit, & quantum ex bonis quibuslibet socij, pro quo soluit, consequi tandem possit. Alioqui non iam in solidum de peculio, sed in solidum absolutè & simpliciter ex contractu serui & ex persona socij conueniretur, quod esset iniquum, proinde si ex bonis socij qui sine successore decessit, minùs consequi possit, quàm fuerit in peculio apud socium illum, damnum erit creditoris non socij, non sunt quidem computandi casus aduentitij, id est, qui possunt euenire, vt in *d. l. Iulianus*, sed vbi euenerunt, ratio eorum haberi debet, quia quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Nec adeò nouum & insolens est, vt quis æris alieni magnitudine oppressus moriatur, sine vllo successore siue ciuili siue honorario, ita vt nec ad fiscum bona peruenire possint, vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. l. 1. §. idem Pomponius 14. infr. depos.* Nec enim alia bona peruenire ad fiscum possunt, quàm quæ sint soluendo *l. 1. §. an bona infr. de iur. fisc.* Et est sanè æquissima hæc Iuliani sententia, vt vtrique parti quantum fieri potest sine alterutrius iniuria consulatur, vt in *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. cred. l. seruus dotalis 58. solut. matr.* Etsi enim creditori consuli æquissimum est, qui totum serui peculium vbicunque esset intuitus est: quod tamen ob superuenientem vnius ex sociis inopiam redigi ex peculio minùs potest, præstandum non est à socio qui sic in damno moraretur, & actione de peculio vltra quantitatem, quæ ex peculio redigi posset, contra actionis naturam condemnaretur *l. 1. §. si præcepto infr. tit. prox. l. 1. per contrarium 10. infr. de dot. releg.* Nec sanè alia ratione socius tenetur de vniuerso peculio etiam quod penes alium sit *l. noxali 11. §. vlt. & l. seq. supr.* quàm quia habeat cum socio actionem *l. quod debetur 51. infr.* vbi ob hanc causam dicitur audiendum esse socium qui conuenitur si paratus sit actione, quam contra socium habet cedere, quia in omnibus qui idcirco tenentur, quod contra alium actionem habeant, delegatio pro iusta præstatione est. Iunge *l. si creditor 37. §. seruum infr. l. interdum 14. infr. de in rem vers.*

29. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI quis seruum testamento liberum esse iusserit, relictis heredibus his, qui cum seruo contraxerunt: possunt inter se coheredes vel de peculio agere: quia de eo quisque peculio, quod apud eum esset, quolibet alio agente teneatur.

Ad l. Si quis seruum 29.

RAT. DVB. Potest inter coheredes sufficere actio familiæ erciscundæ, ad diuidendum inter eos peculium, ita vt eius quod à seruo vtrisque debitum fuit, ratio habeatur. Quemadmodum & pluribus dominis qui coheredes non sunt, sufficit pro socio, vel communi diuidundo actio *l. hinc quæritur 19. in fin. supr. hoc tit.* Et sicuti agere de peculio inter se socij non possunt, vt subiicitur in *l. nam inter se 20. supr.* Ita neque coheredibus permittendum videtur, tanquam quos ad societatem quandam, si non consensus saltem res ipsa, id est, hereditas coniunxerit *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. ercisc.* Quò etiam pertinere videtur quod Scæuola respondit in *l. filiofamilias 54. & l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo si quis seruum testamento liberum esse iusserit relictis heredibus his, qui cum eo seruo contraxerunt, remittendi sunt illi ad iudicium familiæ erciscundæ, potiùs quàm ad actionem de peculio, quæ tantùm honoraria, nec nisi subsidiaria est *arg. l. 1. supr. de Publician. in rem act.*

DEC. Iudicium familiæ erciscundæ non habet locum inter coheredes, nisi pro rebus & oneribus hereditariis, quæ transeunt in heredes quatenus heredes sunt

redes sunt *l.1.& tot.titul.famil.ercisc.*& quorum diuisio facienda est per portiones hereditarias,nec enim aliam diuidendi rationem induxit, aut etiam agnouit lex 12. tab. cùm induxit iudicium familiæ erciscundæ inter coheredes,quàm pro portionibus hereditariis, nisi quod arbitro permisit diuidere per adiudicationes, & condemnationes. Atqui onus actionis de peculio non est hereditarium, quia non transit in heredem, nisi trãseat etiam peculium,nec tenetur heres de peculio,siue nullum peculium habuerit, siue habere desierit, puta si cui seruus legatus sit cum peculio, aut si seruus cum peculio fuerit manumissus: si Iuliano credimus,quem Vlpianus refert in *l.1.§.per contrarium 10.infr.de dot.releg.* quia actio de peculio non hereditatis, sed peculij onus est, quod proinde legato peculij semper cohæret *l. si peculium 6.infr.de pecul.legat.*ideoque transit etiam in emptorem, aliúmve quemlibet singularem peculij successorem *l. si noxali 11. §. penult. l. & ancillarum 27.§.1.supr.l.si ex duobus 32.§.penult.l.si creditor 37. §.seruum infr.* quamuis etiam legato peculio solius heredis sit,nomina peculiaria persequi *l.peculio 5. eod.tit.* Vnde est, quod nec in eum cui restituta hereditas est ex Trebelliano transeunt actiones peculiariæ, vt à creditoribus peculiariis conueniri possit, si fortè heres præcepto retentóve peculio hereditatem restituere iussus sit *l.1.§.si præcepto inf.tit.prox.* vbi rationem adfert Vlp. quia peculium nõ habet fideicommissarius,nec dolo desiit habere, additque non habere heredem hoc casu exceptionẽ restitutæ hereditatis, quia habet peculium. Quamquam non ignoro fuisse hoc quęstionis,& iuris controuersi inter prudentes veteres,Vlpiano teste in *d.l.1.§. item si heres inf.tit.prox.*& Iulianum quidem in ea fuisse sententia, quam diximus ex eodem Vlpianò in *d.l §. per contrarium.* sed tamen contrariã aliorum sententiam magis communiter à cæteris receptam fuisse,præsertim à Cæcilio & Pegaso: quos idem noster Vlpianus refert & probat in *d.§.item si heres*,& à Marciano in *l. si seruo manumisso 18.iunct.l.præced.de pecul.legat.* Illud certè constat, cùm eius qui de peculio conueniri potuit, plures sunt heredes nõ pro hereditariis portionibus eos conueniri, sed pro qua quisque peculij parte habet ex diuisione peculium, vt qui maiorem, vel minorem peculij partem habuit, quàm esset hereditaria pro maiori quoquè vel minori parte conueniri à creditoribus peculiariis possit *l. prox. §. 1. & l. si ex duobus 32. in princ. infr.* Quod in cæteris oneribus hereditariis diuersum est *l. ex facto 35.§.vnde scio quæsitum infr. de hered. instit.* Vt proinde in persona heredum actio de peculio, neque sit merum onus hereditatis, neque merum onus peculij, sed mixtum hereditatis & peculij, magis tamen peculij quàm hereditatis: nam & illi ipsi qui contra Iulianum senserunt non legatarium peculij, sed heredem actione de peculio conueniendum esse, non tam illa ratione moti sunt, quod heres obstrictus sit omnibus oneribus hereditariis, quàm quia tum quoque cùm peculium legatum est, & ab herede traditum legatario, adhuc tamen peculium penes heredem sit, qui tradendo id legatario, se ab obligatione ex testamento liberauit *d.§.item heres.* contrà quàm Iauolenus Iulianum fortè secutus,scripserit in eo quoque herede, qui accepta certa summa peculium dare iussus erat in *l. at cùm heres 35. infr. hoc titul.* Hinc verò fit, quemadmodum arbitror, vt quamuis iudicium familiæ erciscundæ possit accipi inter coheredes, vt indemnitatem consequatur vnus ab aliis de eo, quod pro omnibus præstiterit alicui ex peculiaribus creditoribus *l. bis consequenter 18. §. si filiusfamilias l. si filia 20. §.1.supr. famil. ercisc.l. frater à fratre 38.§.idque maximè supr.de condict. indeb.* non tamen perinde locum habere possit,inter heredes sibi inuicem debentes ex causa peculiari, quoniam vel ea non tam indemnitatis præstatio esset dicenda, quam solutio æris alieni,quæ nunquam fit per iudicium familiæ erciscundæ, cùm æris alieni obligatio diuidatur ipso iure per legem 12.tab. *l. 1. C.si cert.pet.l.vlt.C.de heredit.act.l.1.& 2.C.si vnus ex plurib. hered. debit.* Qua etiam ratione non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ nomina debitorum *l. 2.§.vlt.& l.4.in princip.supr.famil.ercisc.* Vel si admittas, quod diximus,& verissimum est, actionem de peculio diuidi inter coheredes non pro hereditariis, sed pro peculiaribus portionibus *d.l.prox.§.1.& d.l.si ex duobus 32.infr.*fatendum est diuisionem hereditatis & peculij per iudicium familiæ erciscundæ priùs fieri debere;ea verò facta non posse amplius eodem iudicio agi, vt vnusquisque ex heredibus, quod sibi debitum est,consequatur, quia iudicio illo familiæ erciscundæ non nisi semel agi potest *d. l. si filia §. familiæ eod.* in quo differt à iudicio communi diuidundo,vt ibi diximus. Est igitur necessaria inter coheredes actio de peculio, maximè verò in hac specie, in qua seruus testamento liber esse iussus nunquam communis fuit, tametsi peculium ex causa hereditatis factum sit commune. Nam si seruus communis esset, vtique nõ posset, in diuisionem venire seruus, quin de ipsius peculio & peculiaribus creditoribus tractari aliquid,& ab arbitro constitui oporteret. Et hęc quidem alioquin obscura huius loci ratio adferri potest, si Caiũ sic intelligas, vt hoc casu inter coheredes iudicium familiæ erciscundæ accipi non possit,sed tantùm de peculio. Quòd si sic intelligas, vt vtrique iudicio locus esse possit ex illis verbis Caij *possunt inter se coheredes, vel de peculio agere*, quasi disiunctio illa *vel* includat aliam quoque actionem inter coheredes dari solitam, quæ nõ alia est, quàm familiæ erciscundæ (sicut in lege præcedente ex eodem libro sumpta dixerat idem Caius in *§. vlt.* posse socios & condiuisores serui communis agere inuicem pro socio & communi diuidundo) non valde repugnabo. Nihil enim vetat eodem iudicio familiæ erciscundæ & peculium inter coheredes diuidi,& pro partibus peculiaribus alium alij inuicem condemnari, quomodo accipiendum videtur, quod scriptum est in *l.item cum testamento 14.§. 1. supr.* si dominus plures heredes reliquerit, & actionem de peculio & ius deductionis inter eos scindi ex *d.l.prox.§.1. inf.*nec rursus quicquã prohibet ei qui ex lege 12.tab. habet partẽ suam hereditariam, assignari ab arbitro totũ peculiũ vel pro maiori parte, quàm sit hereditaria in vicẽ aliarum adiudicationum factarũ coheredibus supra portiones eorũ hereditarias. Adiudicationes enim illas mutuas lex 12.tab. nõ modò nõ prohibuit,sed etiã permisit & induxit *§. vlt. Instit. de offic.iudic.l.3.l.& post litẽ 12.§.vlt.sup.famil. ercisc.* Et sanè qui dicit posse coheredes inter se agere, satis innuit, licèt minùs apertè exprimat, posse illos agere iudicio familiæ erciscũdæ,ꝙ coheredibus specialiter propositum est: neque tamen ea res excludit actionem de peculio, non vt concurrat cum iudicio familiæ erciscundæ, sed quia possit in subsidium esse necessaria, eo saltem casu quo iam actum sit familiæ erciscundæ, nec ampliùs agi possit: quod in actionibus pro socio & communi diuidundo nunquam euenit,

quæ sæpiùs proponi possunt. Cur verò etiam de peculio teneantur, rationem optimam Caius adfert, quia de eo quisque peculio quod apud eum esset etiam alio agente conueniretur. Quam ergo actionem ab alio pati cogeretur, cur non & à coherede ipso patietur? Nulla enim hîc dominij communicatio est, quæ impediat actionem de peculio inter coheredes, quomodo impediret inter socios *dict. l. nam inter se* 20. vbi diximus *supr.* Nec quasi vnus ex sociis, vnus ex heredibus conueniendus est *dict.* §. 1. *l. proxim. infr.* id est, non in solidum, sed pro parte, vt Vlpianus ibidem explicat. Et hæc sanè interpretatio mihi probabilior videtur, nec tam multis inuoluta difficultatibus, alia species & quæstio est *l. filiofamilias* 54. *& l. vltim. infr. hoc titul.* vt ibi dicemus.

1 ¶ Etiamsi prohibuerit contrahi cum seruo dominus, erit in eum de peculio actio.

Ad § 1 Etiamsi prohibuerit.

RAT. DVB. Non alia causa est concedendæ aduersus patrem, aut dominum actionis de peculio ex contractu filiifamilias vel serui, quàm quia ex eius voluntate, si non expressa saltem tacita videatur contraxisse quisquis cum filiofamilias, vel seruo de causa peculiari contraxit. Quid enim attinebat te seruo tuo, vel filiofamilias peculium dare si nolebas pati, vt de eo contraherent? Atquin cùm pater vel dominus expressa prohibitione contrariam voluntatem suam declarauit, frustrà quæritur quid tacitè voluerit. Expressum enim facit cessare tacitum, vt solent nostri dicere, & prouisio hominis elidit prouisionem legis ex *l. vltim. Cod. de pact. conuent. tam supr. dot.* Ergo si quis prohibente expressim patre, vel domino contraxerit cum filiofamilias, vel seruo quamuis peculium habente, non tamen debet habere actionem de peculio, sed sibi imputare cur aduersus prohibitionem contraxerit.

DEC. Iurisdictionis formam nemo mutare sua voluntate potest *l. si filia* 20. *supr. famil. ercisc.* Hæc autem forma est iurisdictionis Prætoriæ, vt quisquis filiofamilias, vel seruo suo peculium concedit, possit ex istorum contractibus de peculio conueniri: nihil ergo ei prodest, quod contrahi prohibuerit. Cùm imputare sibi potiùs debeat cur peculium non ademerit, cùm posset. Est enim in patris, vel domini potestate peculium quandocunque adimere, etiam sine causa dum ne dolo malo *l. 4. in princip. supr. l. peculium nascitur* 40. *inf. l. 1. §. 1. de in rem vers.* Itaque quandiu patitur peculium esse penes filiumfamilias vel seruum, si prohibeat cum eo contrahi, hoc tantùm consequitur ne institoria actione teneatur, non etiam vti ne actione de peculio *l. quoties* 47. *in princip. inf* Quod intellige etiamsi maximè protestetur nolle se vllo modo teneri ex contractibus filiifamilias, vel serui, ne quidem de peculio. Priuatorum enim cautiones & voluntates neque legum, neque edicti Prætorij authoritate censentur, vt ius publicum possint lædere *d. l. si filia. l. vlt. infr. de suis & legit. l. ius publicum* 38. *supr. de pact.*

30. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

QVæsitum est, an teneat actio de peculio: etiamsi nihil sit in peculio, cùm ageretur: si modò sit rei iudicatæ tempore. Proculus, & Pegasus, nihilominus teneri, aiunt. intenditur enim rectè, etiamsi nihil sit in peculio. Idem & circa ad exhibendum [a] & in rem actionem: placuit. quæ sententia & à nobis probanda est.

Ad l. Quæsitum 30.

RAT. DVB. Nemo potest agere sine actione *l. si pupilli* 6. §. *vltim. supr. de negot. gest.* proinde cùm quæritur an quis bene & actionem habeat, illud maximè tempus inspiciendum est, quo incepit agere, id est, tempus litis contestatæ, quod in libris nostris passim dicitur tempus accepti iudicij, aut accipiendi, non etiam tempus condemnationis. Atqui actio de peculio, vt ipsum nomen ostendit, peculium aliquod præsupponit, nec contra eum dari vllo casu potest qui peculium nullum habeat. Etsi enim suprà diximus, etiam cum illo ex sociis penes quem peculium nullum est, de peculio tamen agi posse *l. quia* 12. *supr.* id tamen non aliam rationem habet, quàm quia peculium quod penes vnum ex sociis est, etiam alij est commune. Quæ etiam ratio est, propter quam socij inter se agere de peculio non possunt *l. nam inter se* 20. *supr.* Ergo fieri non potest, vt teneat actio de peculio si nihil in peculio sit, eo tempore quo actio instituitur.

DEC. Multùm interest an de iure tantùm actionis, an de ipsius vi & potestate quæratur. Ius enim actionis subesse necesse est iam tum cùm agi incipit, ne alioqui sine iure & sine actione agi videatur. Ideoque litis contestatæ tempus inspici solet cùm quæritur quid & quantum debeatur *l. litis contestata* 37. *supr. de negot. gest. l. vinum* 22. vbi dixi *supr. de reb. credit.* At cùm de vi & potestate actionis quæritur, quæ tota ad sententiam in ea actione ferendam refertur, sententiæ & condemnationis tempus magis spectandum est, quàm litis contestatæ. Non enim eo tempore sententia ferri intelligitur, quo fit litis contestatio, neque retrotrahitur ad tempus litis contestatæ. Aliud siquidem tempus esse necesse est, contestationis, aliud condemnationis *l. pen. & vlt. sup. de cōdict. tritic. l. 2. § quæsitum inf. de priuat. delict.* Atquin is qui agit de peculio hoc tantùm intendit, cùm lite contestatur deberi sibi centum, aut ducenta à filiofamil. vel seruo cum quo contraxit, teneri verò patrem aut dominum, vt eam quantitatem soluat ex peculio, & quatenus peculij vires patientur, nondum inquirens quid & quantum sit in peculio, an verò nihil: sufficiet enim illi si aliquid sit eo tempore quo iudicabitur, nec aliud Papiniani iudicium fuit in *l. eo tempore* 50. *inf.* vt ibi dicemus. Rectè igitur Proculus

Proculus & Pegasus quos Vlpianus hîc refert, dixerunt tenere actionem de peculio (sic enim legendum est *tenere* non *teneri*, vt ex quæstionis propositæ verbis apparet) etiamsi nihil sit in peculio tum cùm agitur, si modò sit tempore rei iudicandæ: quo demùm tempore non iam quæritur, quid & quantum actori debeatur, sed ad quid pater vel dominus condemnandus sit, & quid præstare ipse debeat, cùm non in solidum quod debetur, sed in id tantùm quod in peculio est teneatur. Nam quemadmodum peculium ipsum & augmentum recipit & decessionem *dict. l. peculium nascitur* 40. *infr.* ita & actio de peculio *l. si ex duobus* 35. §. *in hoc autem iudicio infr.* Nec bona consecurio est, vt quia tempore litis contestatæ nihil est in peculio non rectè intendat actor sibi ex peculio deberi. Actio enim pendet ex eo quod iure actori debetur: præstatio autem & solutio, itemque condemnatio ex præsenti statu peculij & ex eo quod in peculio est, quodque ideò solui & præstari potest, licèt antea non potuerit. Hinc est quod si ei cum quo actio de peculio erat liberatio legata sit, quamuis tempore quo legati dies cedit, nihil sit in peculio, adhuc tamen legatarius is intelligitur propter spem futuri peculij, aut certè in pendenti est vtrum is legatarius sit, perinde atque si alia quælibet causa dubiam spem legati faceret, vt eleganter Tryphoninus scribit in *l. videamus* 27. *infr. de liber. legat.*

a *Idem & circa ad exhibendum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est, quæ ad sententiam præcedentem: nam qui agit ad exhibendum, quæ actio personalis est *l. 3. §. est autem supr. ad exhib.* aut actione in rem siue vniuersali, id est, petitione hereditatis, siue speciali hoc est rei vindicatione *l. 1. de rei vindicat.* intendit hoc tantùm debere sibi exhiberi, aut hereditatem, vel rem singularem quam petit suam esse. Vt ergo actiones illæ teneant sufficit litis contestatæ tempore iam interesse actoris exhibitionem postulantis, aut hereditatem aliámve rem petitam ad ipsum pertinere licet, neque res exhibenda neque hereditas, aut alia res petita possideatur ab eo qui conuenitur, dummodò possideat eo tempore quo res iudicatur: quo demùm tempore quærendum est, an exhibendæ aut restituendæ rei habeat facultatem *l. tigni 7. §. si quis cum & duob. seqq. cum l. seq. supr. ad exhib. l. quod si in diem 16. in princip. supr. de hered. petit. l. sin autem 27. §. 1. supr. de rei vindic.* vbi etiam diximus.

1 ¶ Si cùm ex parte herede domini, vel patris agatur: duntaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit, qui conuenitur. idem & de in rem verso pro parte[a], nisi si quid in ipsius heredis rem vertit[b]: nec quasi vnum ex sociis esse hunc heredem conueniendum[c]: sed pro parte duntaxat.

Ad §. 1. Si cum ex parte herede.

RAT. DVB. Actio de peculio quæ contra defunctum exerceri potuit, & ex eius persona datur in heredes est hereditaria. Ideoque non datur nisi in heredem tametsi peculium alicui legatum sit *l. 1. §. item heres infr. titul. proxim. l. si seruo manumisso 18. iunct. l. praced. infr. de pecul. legat.* Atqui actiones hereditariæ diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabularum inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus, quia heredes pro ea quisque parte defuncti personam repræsentant *l. 1. Cod. si cert. pet. l. vltim. & tot. titul. Cod. de hered. action. l. heredes 25. §. an ea stipulatio supr. famil. ercisc. l. 1. & 2. Cod. si vnus ex plur. hered. debit.* Ergo si quis ex parte sit heres patris, vel domini qui de peculio potuit conueniri, dicendum est pro parte hereditaria conueniri eum debere, non pro qua parte peculium penes eum est, cùm pars illa maior, minórve esse possit quàm hereditaria: nam & hereditas illa est, quæ heredes obligat & adstringit oneribus hereditariis *l. siue à certis 17. infr. de duob. reis.* Et lex duodecim tabularum quæ fictionem hereditatis induxit, vt continuationem dominij & translationem actionum omnium, quæ defuncto, & in defunctum competierant, induceret, non alias partes agnoscit inter coheredes, ex quibus vel agere ipsi, vel conueniri possint, quàm hereditarias.

DEC. Hereditas quidem diuiditur per legem duodecim tabularum, aut per arbitrum familiæ erciscundæ ex ea lege datum, pro portionibus hereditariis. Sed res hereditariæ, inter quas etiam peculium est, quod penes defunctum fuit, non semper pro iisdem partibus inter coheredes diuiduntur, quin potiùs officio arbitri ita diuiduntur, vt quædam res vni ex heredibus aliæ alij adiudicentur, pro maiore etiam vel pro minore portione quàm sit hereditaria, adeóque interdum in solidum, prout ratio suggerit commodioris inter heredes diuisionis *l. 3. l. cùm putarem 36. l. si familia 55. iunct. leg. item Labeo 22. §. 3. & alibi pass. supr. famil. ercisc.* Mutuis scilicet adiudicationibus, aut hinc adiudicationibus, illinc condemnationibus factis, vt in *dict. l. cùm putarem & dict. l. si familia.* Ipsa etiam lege duodecim tabularum eam potestatem & authoritatem dante arbitro, vt per eiusmodi adiudicationes dominium iure Quiritium in adiudicatarium transferatur *§. vltim. Instit. de offic. iudic. & apud Vlpian. in Fragment. titul. 19. de acquisit. rer.* Inde fit vt tum quoque cùm eiusdem patris vel domini plures heredes sunt ex æquis portionibus, possit tamen arbiter familiæ erciscundæ totum serui peculium, quod apud defunctum fuit & cuius gratia poterat ille de peculio conueniri, vel vni ex heredibus adiudicare, vel inter coheredes omnes ita diuidere, vt maiorem vel minorem peculij portionem vnus habeat quàm alius, & quàm ferat ratio portionis hereditariæ: hoc verò cùm accidit, necesse est illam peculij adiudicationem fieri cum sua scilicet causa, id est, cum suis omnibus oneribus realibus *l. & post litem 12. §. res quæ supr. famil. ercisc. l. alienatio 67. de contr. empt. infr.* Atqui onus reale peculij est, vt quisquis apud se peculium habet, teneatur actione de peculio, & quidem pro ea parte peculij quam habet: danda igitur est actio de peculio contra heredes non pro

partibus hereditariis, sed pro peculiariis *l. proxim. supr. l. si ex duobus 32. infr.* quia actio de peculio licèt sit hereditaria, peculij tamen onus est, non hereditatis, aut certè peculij magis quàm hereditatis, vt diximus ad *dict. l. proxim. in princip. supr.* Neque in eo quicquam fit contra legem duodecim tabularum, quæ nec de peculio, nec de actione de peculio locuta est, non magis quàm si res aliqua hereditaria pignori obligata pro certa summa adiudicetur vni ex heredibus cum onere totius debiti soluendi. Planè si arbiter familiæ erciscundæ ita vellet diuidere hereditatem, vt vni ex heredibus totum peculium adiudicaret, alij verò æris alieni peculiaris soluendi onus totum iniungeret, aut supra eam partem, quam ex peculio retineret, non esset id meo iudicio ipsi permittendum, quia prætoriæ iurisdictionis formam immutaret *l. si filia 20. in princip. famil. ercisc.* quæ illa est, vt is apud quem peculium est de peculio teneatur, aut solus si totum peculium habeat, aut pro ea saltem parte quam in peculio habet *dict. l. proxim. supr. dict. l. si ex duobus 32. l. si creditor 37. §. seruum infr. hoc titul.*

a *Idem & de in rem verso pro parte.* Sensus est si quid in rem patris, vel domini versum sit pro parte, conueniendos esse singulos heredes de in rem verso, pro ea quemque parte pro qua peculium apud eos est.

RAT. DVB. Actio de in rem verso locum habet tum quoque cùm nihil aut minùs est in peculio *§. præterea Instit. quod cum eo l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Ergo in hac actione non est inspiciendum quid & quantum sit peculij apud vnumquemque ex heredibus.

DEC. Actio de peculio vna est cum actione de in rem verso, inquit Cuiacius ad *l. seruus 17. §. vltim. infr. de in rem vers.* Et de peculio quidem principalis intentio est, de in rem verso adiectio: quæ tamen necessaria est, & transit in proprium nomen actionis, si actio de peculio finita sit anno post mortem domini, vel extincta per ademptionem peculij, vel manco peculio non possit porrigi ad eam vsque quantitatem quæ in rem patris versa est vel domini *dict. §. præterea & seqq. & dict. l. 1. §. 1. de in rem vers.* Ergo quatenus in peculio tantum est, quantum in rem versum fuit, eadem seruanda sunt in actione de in rem verso, quæ seruantur in actione de peculio, nec tantùm si in rem versum sit pro parte, sed etiamsi in solidum, si modò non plus in rem versum sit quàm est in peculio: nam quod plus est in actione de in rem verso non potest peti ad formam actionis de peculio, id est, pro peculiaribus portionibus, cùm aliunde soluendum sit quod solui ex peculio non potest. Conuenientur ergo de superfluo coheredes pro hereditariis portionibus, & hunc sensum esse verius est eorum verborum *pro parte*, vt non referantur ad partem pecuniæ, quæ in rem versa est, sed ad eam partem quæ est in peculio: cùm scilicet summa quæ in peculio est, apud vtrumque ex heredibus minor est, quàm quæ in rem versa fuit, vt ob eam causam agere de in rem verso vtilius sit & commodius creditori, quàm de peculio.

b *Nisi si quid in ipsius heredis rem vertit.* RAT. DVB. Siue in defuncti patris vel domini, siue in ipsius heredis rem pecunia seruo credita versa fuit, æquè actio de in rem verso locum habet. Nihil ergo interesse potest, an in defuncti, an in vnius ex heredibus qui conuenitur, rem & vtilitatem pecunia versa sit.

DEC. Multùm interest an pecunia seruo credita versa sit, in rem defuncti, an in rem vnius ex heredibus. Actio de in rem verso quæ aduersus defunctum competiit, cùm sit hereditaria retinet naturam actionis de peculio, quæ similiter hereditaria est, &, vt diximus, vna eademque actio cum actione de in rem verso quatenus in peculio est, id est, ad concurrentem peculij quantitatem. Sed actio de eo quod in rem heredis versum est, cùm incipiat ab herede non potest esse hereditaria, nec obligare coheredem in cuius rem nihil versum est, non magis quàm in rem defuncti, nec proinde quicquam habet commune cum actione de peculio quæ competiit aduersus defunctum, vt diuidi debeat inter coheredes pro partibus peculiariis, non magis intra quam vltra peculij quantitatem: igitur de in rem verso is solus tenebitur, & quidem in solidum in cuius rem versum erit, licèt apud alterum sit pars peculij, quia de peculio actio hîc nulla est, ne quidem pro parte. Si tamen alius coheres in cuius rem nihil versum est conuentus fuerit de peculio in solidum quasi habens penes se totum peculium, quod tamen non habebat, dicimus ipso iure liberatum esse cum quoque ex coheredibus in cuius rem versum est, vt neque de in rem verso conueniri possit *l. si ex duobus 32. vers. idemq. est.* vbi dicemus *infr.* sed est casus huius versic. diuersus ab illo.

c *Nec quasi vnum ex sociis esse hunc heredem conueniendum.* RAT. DVB. Non debet in plures aduersarios distringi qui cum vno contraxit *l. & ancillarum 27. supr. §. vlt. supr. l. 2. supr. de exercit. act.* quique vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium intuitus est *l. hinc quæritur 19. §. 1. supr. l. si ex duobus 32. in fine princip. infr.* Atqui in hac specie creditores peculiarij, cum vno tantùm & vnius hominis seruo qui nec nisi vnius generis peculium habebat contraxerunt. Ergo non sunt prohibendi quominùs in solidum experiantur contra vnumquemque ex heredibus defuncti si fortè is plures heredes reliquerit: cùm dici soleat ex personis heredum condicionem obligationis immutari, nec posse nec debere *l. §. 2. ex his infr. de verbor. oblig.* Et verò si pro sociis habentur quod ad actionem de peculio attinet, etiam illi qui vnius serui communis condomini sunt etiam sine societate, & inter quos proinde non pro socio, sed communi diuidundo actio locum habere debeat *d. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr.* Quidni etiam hoc admittamus in pluribus eiusdem domini heredibus, vt tanquam socij conueniri possint, & condemnari. Nam si heredis appellatio nihil nisi dominum significat, an non sunt condomini qui sunt coheredes? *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. paterfamilias vers. non tamen si vt heres infr. de castrens. pecul. iunct. l. heredes 25. §. non tantùm 16. supr. famil. ercisc.* Atqui socij condemnantur in solidum singuli non habito respectu ad peculium quod penes eum est, qui conuenitur, aut apud alterum *l. si noxali 11. §. vlt. & l. seq. supr.* DEC. Diuisio quæ fit hereditatis siue per legem duodecim tabularum, siue per officium arbitri familiæ erciscundæ adiudicantis peculium, vel vni tantùm ex heredibus, vel omnibus quidem, sed pro aliis quàm pro hereditariis portionibus, facit vt tot videantur quodammodo esse hereditates quot sunt portiones. Vnde est quod in singulis heredibus legi Falcidiæ locus est *l. in singulis 77. ad leg. Falcid. & §. 1. Instit. eod.* & cõsequenter

tot esse

tot esse peculia, quot sunt coheredes peculium habentes. Quomodo igitur socij possunt videri inter quos & hereditas iam diuisa est & peculium? Quorsum verò illa diuisio, nisi ob hoc solum ne alter pro altero inquietetur? De his scilicet, quæ commodam diuisionem recipiunt, cuiusmodi est peculium. In quibus certè non procedit regula *dict. l. 2. §. ex his de verb. oblig.* sed in iis tantùm quæ omnino indiuidua sunt *dict. l. heredes 25. §. an ea stipulatio supr. famil. ercisc.* Quamquam & in iis etiam quæ diuidua sunt, accidit non semel, vt scindatur obligatio in personis heredùm, quæ in persona defuncti scindi non potuit *l. 4. §. Cato in fin. de verb. oblig.* Ergo in pluribus heredibus qui ex diuisione hereditatis alias peculij partes habent, quàm hereditarias non potest admitti, vt vnus tanquam socius pro coherede penes quem pars aliqua peculij est, in solidum conueniatur. Nam nec inter socios ita receptum est nisi propter communicationem illam dominij, quæ per societatem contrahitur *l. 2. & 3. infr. pro socio.* quæ porrò communicatio nulla est, at ne quidem communio post diuisionem. Planè si ante diuisam inter coheredes hereditatem agant creditores peculiarij contra vnum ex heredibus in solidum, puto esse audiendos si modò sint parati actionibus suis quas aduersus alios coheredes habent ei cedere à quo solidum petunt *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias supr. famil. ercisc.* Possunt enim hoc casu coheredes non malè comparari sociis, aut etiam pluribus eiusdem serui dominis, quorum hac parte ratio eadem habetur quæ sociorum *dict. l. & ancillarum §. vltim.* nisi quis dicat, id quod scriptum est in *dict §. si filiusfamilias*, speciale esse in filiofamilias, qui licèt pro parte tantùm institutus heres, in solidum tamen actionem de peculio pati cogitur *§. sin verò filius sit infr.* Sed speciale ius filiifamilias ad eum casum referendum est, quo iam facta sit diuisio hereditatis & peculij non quo vtrumque sit adhuc indiuisum. Cæterùm diuidi peculium non potest, quin pro iisdem partibus diuisum censeatur onus peculij: actio autem de peculio, vt sæpius diximus, onus peculij est. Iunge quæ diximus ad *l. 14. in princip. & §. 1. & ad l. 29. suprà.*

2 ¶ Sed si ipse seruus sit heres ex parte institutus, æquè cum eo agendum erit.

Ad §. 2. Sed si ipse seruus.

Rat. dvb. Alia videtur esse constituenda ratio serui, qui cum creditoribus peculiariis contraxit, posteaque domino suo ex parte heres extitit, alia verò cæterorum coheredum. Nam seruus qui contraxit naturaliter se obligauit in solidum, nec minùs quàm filiusfamilias posset ex ea obligatione in solidum conueniri *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. hoc titul.* si seruus obligari ciuiliter, & cum seruo actio aliqua esse posset, quæ nulla certè esse posset quandiu seruus manet *l. serui 14. infr. de oblig. & action. l. cum seruo 107. de regul. iur.* Atqui ratio hæc cessat in seruo, qui ex testamento domini libertatem & cum libertate partem hereditatis consecutus est, qui cùm iam possit conueniri, cur recuset soluere solidum, id quod solidùm debet, licèt non nisi naturaliter debeat? Is enim natura debet quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de regul. iur.* Et verò qua fronte citra insignem perfidiam desiderare potest hic seruus qui ille ipse est, eum quo contractum fuit, vt in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum eo ipso solo contraxit? *d. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr.*

Dec. Obligatio naturalis tantùm quæ ab initio actionem parere contra seruum præsertim non potuit, non ob id mutari in ciuilem potest, quod hic seruus posteà liber, & ex parte heres factus sit. Ergo non eo magis conueniri in solidum potest, cùm obligatio quæ naturalis tantùm est retentionem tantùm parere possit, aut deductionem, aut compensationem, non etiam actionem *l. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Tantùmque abest, vt in solidum conueniri possit, vt nec possit ex parte nisi tanquam heres domini, non autem ex propria persona. Noua enim persona est post manumissionem *l. seruus legatus 27. infr. de adim. legat.* Imò nunc incipit esse persona, quia incipit caput habere *l. 3. §. vltim. & l. 4. supr. de capit. minut.* vnde persona dignoscitur *l. cùm in diuersis 44. supr. de relig. & sumpt. funer.* cùm anteà nullus esset nec caput, aut personam haberet *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Cùm ergo non teneatur nisi tanquam heres, non sit autem heres nisi pro parte, consequens omnino est, vt non possit conueniri in solidum peculium non magis, quàm alius quilibet heres, nisi solidum peculium ex diuisione hereditatis apud eum sit, aut nisi in rem domini pecunia versa sit. Quo casu non tantùm de peculio, sed etiam de in rem verso teneri & conueniri poterit *l. 3. §. 1. supr.* Nam & generale est, vt seruus ex antegesto conueniri post manumissionem non possit *l. 1. & tot. titul. Cod. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat. l. cum actum 17. supr. de negot. gest.* Differt igitur hac parte seruus à filiofamilias, qui ex omnibus contractibus præterquam ex mutuo in solidum obligari & conueniri potest *dict. l. si quis cum filiofamilias infr. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Idque est quod subiicitur in *§. seq.*

3 ¶ Sin verò filius sit, quamuis ex parte institutus, nihilominùs in solidum actionem patietur. sed, si velit pro parte nomen coheredis redimere [a], audiendus est quid enim, si in rem patris versum sit [b]? cur non consequatur filius à coherede, quod in patris re est? idem, & si peculium locuples sit [c].

Ad §. 3. Sin verò filius sit.

Rat. dvb. Filiusfamilias qui pro parte tantùm heres à patre institutus est, nec habet penes se peculium nisi pro parte, si conueniatur actione de peculio, conuenitur vtique actione hereditaria perinde ac seruus, aut alius heres pro parte institutus quilibet, nec quod sit filiusfamilias

facit eum heredem ex asse aut socium. Ergo non magis in solidum peculium conueniri potest, siue seruo cum compares, quia contraxit, siue homini libero heredi ex parte instituto quia & hic pro parte heres est.

DEC. Si quis cum filiofamilias contrahat habente peculium, duos habet obligatos, filiumfamilias in solidum, patrem verò ipsius de peculio *l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr.* Ergo quamuis non sit heres patris nisi pro parte, nec nisi pro parte quoque habeat peculium, quod per mortem patris factum est hereditarium *l. certum est* 13. *Cod. famil. erciſc.* & actio de peculio qua conuenitur sit hereditaria: non potest tamen recusare quominùs actionem de peculio in solidum excipiat, tanquam qui sit ipse ex sua persona non modò in totam quantitatem peculij, sed in solidum debitum obligatus. Differt enim filiusfamilias à seruo in eo quod obligatur etiam ciuiliter, seruus verò non nisi naturaliter. Item ab alio quolibet herede instituto ex parte, quod ex persona sua in solidum debitum obligatus est. Alius verò coheres quilibet ne quidem in solidum peculium. Quidni ergo boni consulat, si non nisi in solidum peculium conueniatur, qui etiam in debitum solidum conueniri posset? Aut qua fronte desiderare possit, vt in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum hoc ipso filiofamilias contraxit? Scio filiumfamilias qui viuo patre obligatus adeoque condemnatus est, si post mortem patris ex ea obligatione, vel condemnatione vrgeatur, non teneri nisi in quantum facere potest *l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias de fideiuss. infr.* Sed si sit heres patris, non est huic distinctioni locus, sed in solidum tenetur *l. si ex alio* 9. *Cod. quod cum eo qui in alien. potest.* quod intelligo non solùm si ex asse, sed etiamsi ex parte tantùm patri heres extiterit, cùm hæc solidi obligatio non ex patris hereditate descendat, sed ex persona filij qui imputare sibi debet, cur non abstinuerit se in totum bonis patris. Et sanè vix est, vt filiusfamilias qui patri licèt pro parte tantùm heres extitit, non possit in tantum facere quantum est, quod ex peculio fuit apud patrem mortis tempore. Ergo quamuis filiusfamilias qui cum creditoribus contraxit, non nisi pro parte heres institutus sit, actionem tamen de peculio in solidum pati debet, nec tantùm antequàm hereditatis, & peculij diuisio facta sit, vt in *l. his consequenter* 18. §. *si filiusfamilias supr. famil. erciſc.* sed etiamsi post diuisionem peculij conueniatur: de illo enim casu necessariò intelligi hic §. *debet.*

a *Sed si velit pro parte nomen coheredis redimere.* RAT. DVB. Non alia de causa potest filiusfamilias pro parte tantùm heres institutus, conueniri de peculio in solidum, quàm quia ipse ex sua persona in solidum non modò peculium, sed etiam debitum fuerit obligatus, vt modò diximus. Atqui non debet ex eo fieri deterior condicio coheredum, qui non ipsi contraxerunt, & quibus factum filiifamilias coheredis imputari non potest. Ex regula *l. factum* 155. *de regul. iur.* Ergo non sunt mandandæ actiones filiofamilias, qui ex facto suo conuenitur licèt actione hereditaria, aduersus coheredes eius, quorum potiùs indemnitati succurrendum videretur contra hunc filiumfamilias si à peculiari creditore pro partibus, siue hereditariis, siue peculiaribus actione de peculio conuenirentur. Quod enim ex vnius coheredum facto alij coheredes præstant, eo nomine habent pro indemnitate repetitionem familiæ erciscundæ iudicis, aut cauendum iis est, si nondum soluerint *l. heredes* 25. §. *contrà si promissor* §. *idem iuris est* & §. *si vnus supr. famil. erciſc.*

DEC. Quod actione de peculio filiusfamilias præstat conuentus à creditore peculiari, non præstat ex propria persona, sed tanquam heres patris ex parte, licèt ad solidi peculij præstationem non tam ideo teneatur, quod ex parte heres sit, quàm quia ille ipse sit, qui contraxit. Simile quiddam est in specie *l. Bæbius* 30. *verſ.* sed in specie quæ proponitur *infr. de pact. dotal.* Cùm ergo cæteri coheredes etiam pro partibus ipsorum hereditariis sint heredes patris non debent recusare, quominùs hereditarium onus subeant actionis de peculio, vt quamuis melioris sint condicionis, quàm filiusfamilias in eo, quod in solidum & supra eam quantitatem peculij, quam habent conueniri non possunt, quia non contraxerunt, pro partibus tamen quas habent ex peculio, sicuti tenentur creditori peculiari si ab eo conueniantur, ità & teneantur pro iisdem partibus indemnitatem præstare ipsi quoque filiofamilias agenti ex actionibus sibi à creditore mandatis. Quid enim eorum interest, an creditori soluant cuius debitores sunt ex causa hereditaria, an verò filiofamilias eidemque creditori ex persona, & iure creditoris agenti? Nam & si quid creditori ipsi præstitissent conuenti ab eo per actionem de peculio, non eò magis repetitionem aliquam haberent à filiofamilias quam nec habuisset pater, si viuus post emancipationem filij & intra annum de peculio conuentus fuisset. Illa siquidem prætoriæ iurisdictionis forma est, vt pater teneatur actione de peculio ex contractu quidem filij, at non ex persona filij, sed ex sua propria, & quatenus pater est, ad quem totum peculium dominij ac proprietatis iure pertinet. Sanè non posset filius in hac specie, contra coheredes agere de indemnitate tametsi solidum creditori soluisset, cùm ex facto suo & propter se non propter coheredes soluerit, si non haberet mandatas à creditore actiones. Nec nouum est, vt quis plus iuris habeat vi mandatarum actionum, quàm alioqui ex propria persona fuisset habiturus *l. vt fideiussor* 39. *infr. de fideiuss. l. Modestinus* 76. *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *penult. infr. de solut. l. rem hereditariam* 65. *infr. de euict.* Recusare porrò creditor non potest, quin filiofamilias soluenti mandet ac præstet actionem, quam habet aduersus alios coheredes: alioquin doli mali exceptione repellendus esset *l. his consequenter* 18. §. *si filiusfamilias supr. famil. erciſc.* Cui enim non æquum videatur hoc saltem præstare creditorem, quod sine ipsius dispendio futurum sit? *l. in creditore* 38. *in fin. infr. de euict.* Sed hoc ita si ea cessio petatur ante solutionem, aut in actu ipso solutionis, aut saltem incontinenti: alioqui non posset nisi serò nimis & frustra cedi actio, quæ per solutionem iam sublata & extincta esset *dict. l. Modestinus.* Benè autem Vlpianus ita hîc loquitur, *si velit pro parte nomen coheredis redimere*, quia hæc non tam cessio simplex quàm venditio nominis est, & pecunia quæ datur, pro precio habetur mandatarum actionum *l. cùm pupillus* 21. *infr. de tutel. & ration. distr.*

b *Quid enim si in rem patris versum sit?* Hic casus nullam recipit dubitãdi rationẽ: nam cùm in rem patris versa est,

versa est pecunia, quę mutua filiofa. data fuit, certū est, etiāsi peculium nullū sit fortè, quia ademptum aut aliter extinctum fuerit patrem tamen de peculio quidem non teneri, sed de in rem verso teneri *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Quod si pater tenebatur eius quoque heredes teneri æquum est, & quidem pro portionibus nō peculiariis, sed hereditariis, quia tāto locupletiorem & opulentiorem hereditatem singuli heredes consequuntur, & ita locupletarentur ex iactura filijfamilias si non indemnitatem ei præstare tenerentur: sed hoc ex vi mandatarum actionum & ex persona creditoris, vt proximè diximus, non ex persona ipsius filijfamilias, qui cùm creditori totum debitum soluit nihil pro coheredibus soluit, sed pro se totum soluere intelligitur, tametsi hereditaria de in rem verso actione conueniatur, quia ipse ex sua persona in solidum obligatus est *d. l. si quis cum filiof amilias 44. infr.* nisi quod post mortē patris si ei heres non extitisset, non nisi in quantum facere posset condemnari deberet *d. l. si ex alio 9. C. quod cum eo.*

c *Idem etsi peculium locuples sit.* Sensus est, non tantùm eo casu quo pecunia filiofamilias credita in rem patris versa sit posse filiumfamilias soluentem solidum redimere à creditore actionem pro parte coheredis, sed etiamsi nihil in rem patris versum sit, si modò peculium locuples id est soluendo esse proponatur. RAT. DVB. Datur actio de peculio contra patrem aut dominum eiusq; heredes siue peculium soluendo sit, siue nō, ad finem scilicet vsque peculij, vt nomen ipsum sonat: ergo distinguere non debuit Vlpianus, an peculium locuples sit, necne.

DEC. Frustra filiusfamilias redimeret pro parte nomen coheredis si nihil esset in peculio, deducto fortassis eo quod ipsi patri aut domino deberetur aliisve personis in eius potestate constitutis, de quibus in *l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. supr. hoc tit.* Inanis enim actio esset quam debitorum inopia elideret *l. nam is 6. supr. de dolo.* Nec quod opulentā hereditatē heredes à defūcto habuissent, augere posset actionem de peculio, quæ extendi vltra id quod in peculio est numquā potest. Quod si aliquid in peculio sit, minus tamen quàm creditori pro parte coheredis debeatur, non poterit nominis venditio facere vt cōdēnari coheres debeat actione de peculio supra eā quantitatē peculij quam penes se habeat: quia nec in plus creditori potuisset condemnari si conuentus ab eo fuisset. Ita demum ergo proderit filiofamilias redemisse à creditore pro parte nomen coheredis si peculium quod penes coheredem est (sic enim intelligi Vlp. debet) locuples sit & sufficiens ad præstandam à coherede pro sua parte indemnitatem.

4 ¶ Is, qui semel de peculio egit: rursus, aucto peculio de residuo debiti agere potest.

Ad §. 4. Is qui semel.

RAT. DVB. Quisquis actionem aliquam proponit & exercet hoc ipso eam consumit dum ne frustra lis fuerit instituta *l. cùm indebitum 57. in fin. supr. de cond. inde. l. 1. §. vlt. sup. quā. dies vsusfr. legat. ced. l. si sic stipulatus sim 35. in fin. de verb. obl.* vnde est ꝙ nec pupillus nisi finita tutela agere tutelæ potest *l. 1. §. vlt. l. nisi finita 5. supr. de tutel. & rat. distr.* ne alioqui actio tutelæ eiúsque priuilegium pupillo auferretur, si citiùs tutelæ agere ei liceret. Ergo is qui semel de peculio egit nec nisi partem debiti sui consequi potuit, quia non fuit satis locuples peculium, aucto posteà peculio rursus de peculio agere non potest.

DEC. Non potest exerceri neque consumi actio, nisi ea demùm quę competit: prius enim est vt competat, quàm vt perimatur. Atqui non competit nec datur vnquam actio de peculio nisi de eo quod in peculio est tempore rei iudicandæ, vt diximus ad initium huius legis. Ergo pro eo quod tùm in peculio non fuit, & quod ideò consequi actor non potuit, non potest videri actum de peculio, nec proinde consumpta fuisse actio de residuo quæ ante auctum peculium non cœpit competere. Et verò in actionibus non minùs quàm in contractibus subintelligenda semper est clausula, *Rebus sic stantibus l. cùm quis 38. in princip. de solut. l. cura 4. §. 1. de muner. & honor. l. ab his 10. §. auctis de vacat. & excus. muner.* quia quæ de nouo emergunt nouo sēper indigēt auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Inde fit vt si de quibusdam tantùm rebus communibus actum sit communi diuidundo, de aliis quæ communes manserunt, diuidendis iterum communi diuidundo agi possit *l. 4. §. hoc iudicium supr. commun. diuid.* quia accessionem & decessionem recipit iudicium communi diuidundo *l. si quis putans 6. §. sed & accessionem eod. tit.* sicut & actio de peculio *l. si ex duobus 32. §. in hoc autem iudicio infrà.* quia & peculium ipsum crescit & decrescit, quamdiu viuit *l. peculium nascitur 40. eod. tit.* Excipiendum est iudicium familiæ erciscundæ, quod nisi semel proponi non potest *l. si filia 20. §. familiæ supr. famil. erc isc.* nempe quia est ex lege duodecim tabularum *l. 1. eod.* lex autem semel tantùm loquitur. Ideóque curare debet iudex familiæ erciscundæ, vt nihil indiuisum relinquat *leg. heredes 25. §. iudex eod.* Sic & potestas legis duodecim tabularum in deferendis hereditatibus legitimis, vnica delatione eáque prima consumitur, vnde fiebat olim vt neque in suis, neque in agnatis esset olim successio *l. 1. §. sciendum de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* Quod tamen à Prætore tandem emendatum fuit, vt scriptum est in *dict. §. placebat*, nempe quia Prætor sæpiùs loquitur, non, vt lex, semel tantùm.

5 ¶ Si annua exceptione sit repulsus à venditore creditor, subueniri ei aduersus emptorem debet. sed si alia exceptione [a] hactenus subueniri, vt deducta ea quantitate quam à venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur.

Ad §. 5. Si annua.

RAT. DVB. Habet quidem creditor peculiarius electionem an de peculio agere malit cum emptore, an cum venditore *l. si noxali 11. §. penult. supr. l. si creditor 37. §. seruum in fin. infr. hoc tit.* Atquin is qui electionem habet agendi aut qua actione, aut contra quam personam ex pluribus velit, si malè eligat,

sibi debet imputare nec ad aliam vel actionem vel personam redire potest *l. quod in herede 9. §. eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2. l. 2. infr. de duob. reis l. vlt. C. de fideiuss.* Ergo si creditor peculiarius venditorem elegerit in actione de peculio & annua exceptione repulsus sit, quia seruo vendito egit post annum, non est ei subueniendum vt reddire possit ad emptorem. Qui enim semel electione liberatus est non potest inuitus, aut etiam ignorans in obligatione reponi, nec si exceptionis tantùm beneficio liberatus esset *l. vlt. supr. de pact.* quia nec obligatio extincta potest reuiuiscere *l. qui res 98. §. aream de solut.* DEC. Actio de peculio quæ alienato vel manumisso seruo datur ex edicto Prætoris cōtra alienatorem vel manumissorem est annalis, nec post annum vllomodo competit *l. 1. infr. tit. prox.* Proinde si post annum agat de peculio creditor contra venditorem non tam malè agit quàm nihil agit, vt de illo scriptum est qui agit ex stipulatione condicionali ante condicionis euentum *d. l. 1. §. vlt. supr. quand. dies vsusfr. legat. cedat. l. 2. §. si quis insulam supr. de eo quod cert. loc* aut proposita actione in eum contra quem non competebat vt in *l. cùm indebitum 57. §. 1. supr. de condict. indeb.* Ergo si annua exceptione repulsus sit à vēditore creditor, non ideò prohibendus est agere contra emptorem, aduersus quem habet actioné de peculio non annalem, sed perpetuam. Adeò vt nec videatur indigere vt ei subueniatur cùm exercendo contra venditorem actionem de peculio sibi non competentem, eam quæ sibi aduersus emptorem competebat non peremerit *d. l. cùm indebitum in fin.* Subuenitur ergo ei data ipsi actione contra emptorem, sed nulla in eam rem adhibita restitutione, nullaq; causæ cognitione.

a *Sed si alia exceptione.* RAT. DVB. Siue creditor de peculio agens contra venditorem repulsus sit annua exceptione, id est quasi agens post annum cùm intra annum agere debuerit, siue alia qualibet exceptione (nam contra actionem de peculio perpetuam eædem exceptiones locū habent quæ alijs actionibus opponi possunt, puta pacti, doli iurisiurandi, rei iudicatæ & aliæ similes) æquè verum est creditori satisfactum non fuisse, cui tamen verè debitum sit, quod nunc actione de peculio contra emptorem persequitur. Ergo perinde atque superiore casu ei succurrendum est vt contra emptorem agere possit, & quidem pro toto debito, cuius scilicet partem nullam à venditore perceperit, præsertim æquitate ita dictante in actione de peculio, vt debitor non tam agentis intentione sola quàm perceptione liberari debeat, vt scriptum est in *l. si ex duobus 32 infr. iunct. d. l. vltim. Cod. de fideiuss.*

DEC. Cùm creditor intra annum egit actione de peculio sibi competente aduersus venditorem, electione illa consumpsit actionem quam habere & eligere potuerat contra emptorem, quem proinde eiusmodi electione liberauit. Sed non tamen simpliciter & absolutè ac in totum, sed pro ea tantùm quantitate quam à vēditore consequi potuisset, si nulla exceptione repulsus fuisset. Quid enim si nihil aut minus peculij fuit apud venditorem, quàm creditori deberetur? Cur dicamus de residuo peremptam esse actionem contra emptorem quæ nec perempta esset, tametsi venditor nulla eū exceptione summouisset. Eatenus namque nocere debet iure egisse contra venditorem, non quatenus exactum, sed quatenus actum est. Atqui actione de peculio non petitur tota quantitas quæ debetur, sed ea tantùm quæ in peculio est eius qui conuenitur, aut si maius sit debitum petitur quidem totum id quod debetur, sed ad concurrentem duntaxat vsque peculij quantitatem: consequens igitur est vt tùm quoque cùm creditor iure egit contra venditorem, id est, actione sibi competente de peculio, & exceptione aliqua summotus est, non debeat illi neque electio neque repulsa nocere quominùs deducta ea quantitate quam à venditore consequi potuisset si repulsus non fuisset, residuum ab emptore consequatur, quasi nulla quantum ad residuum facta extinctione, adeóque nec electione contra venditorem, actionis in emptorem competentis. Multum ergo refert an creditor annali de peculio actione contra venditorem expertus annua exceptione repulsus: sit an verò aliqua qualibet exceptione contra perpetuam quoque de peculio actionem competente. Priore enim casu non perimitur actio contra emptorem, quoniam ea quæ contra venditorem electa fuit non competiit, posteriore verò perimitur hæc, quia illa competiit, sed quatenus dumtaxat competiit. Non autem competiit nisi quatenus in peculio venditoris fuit adeò vt si nihil in venditoris peculio fuisset puta quod serui peculium cum seruo ipso vendidisset ac tradidisset, non posset venditor de peculio conueniri ne intra annum quidem *d. l. si ex pluribus §. vlt. infr.* Sed illud mirari quis possit cur ergo ponamus creditorem agentem post annum actione de peculio annali aduersus creditorem repulsum fuisse exceptione annua, si verum est vt est actionem nullam post annum competiisse, siquidem constat exceptionem nihil aliud esse quàm exclusionem actionis *l. 2. de except.* Ergo competentis, cùm actio quæ non competit excludi non possit, & non entium, vt dici solet, nullæ sint qualitates *vulg. l. pen. supr. de reb. credit. l. si partem 19. quemadm. seruit. amitt.* Sed respondendum est plerunq; fieri vt actio etiam quæ ipso iure nulla competit, detur tamen à Prætore, falsis allegationibus actoris circumuento quo casu reo qui de facto conuenitur necessaria proculdubio exceptio est: quæ nec præsupponit semper competentem actionem, sed tantùm à prætore datā. Dari autē potest, si obreptū aut subreptū sit prætori etiam ea quæ non competit. Nam sicuti Prætor dat actionē annalē ex eo edicto de quo in *l. 1. tit. prox.* Ita & multò magis dat exceptionem si is contra quem annalis tantùm competit actio, post annum conueniatur: sic dicimus etiam ei qui se ipso iure liberatum possit contendere, necessariam esse interdum exceptionem, vt tutius possit dici liberatus in *l. qui seruum 34. §. 1. in fin. de oblig. & act.* Nempe cùm facti allegatio aliqua est, quæ faciat vt vel minimum dubitari possit an liberatio ipso iure contigerit.

6 ¶ In dolo obiiciendo temporis ratio habetur. fortassis enim, post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obiici prętor: quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur.

Ad §.

Ad §.6. In dolo.

RAT. DVB. Licèt actio de dolo fuerit olim annalis, hodie verò sit biennalis post Iustiniani constitutionem in *l. vl. C. de dolo*, non ideò tamen actio de peculio, tum quoque cum ex causâ doli datur annalis esse debet, putà si creditor peculiaris acturus de peculio dicat ademptum fuisse peculium dolo malo domini, aut diminutum, vt in *l. summa cum ratione 21. supr.* nam actio de dolo ideò est annalis, quia est famosa & condemnato irrogat infamiam, vnde nec dari debet, nisi cùm alia actio nulla est per quam ei qui dolum passus est, succurri possit *l. 1. & pass. supr. de dolo*, at actio de peculio non irrogat infamiam condemnato, ne tum quidem cum ex causâ doli datur: nec enim numeratur inter eas causas ex quibus irrogatur infamia in *l. 1. supr. de his qui notant. infam.* quomodo actio depositi & aliæ similes, ergo in actione de peculio quæ datur à Prætore extra eos casus de quibus in *l. 1. infr. tit. prox.* etiamsi ex causâ doli detur, ratio temporis haberi non debet, vt post annum nõ detur eo casu quo alioquin est perpetua: nam cùm sit rei persecutoria etiam post annum dari debet ex regula *l. in honorariis 35. de obliga. & act.* quamuis non detur in heredem ex doli clausula nisi de eo quod peruenit, vt scriptum est in *§. sequ.* nec proinde bona est ratio, qua Vlpianus hîc vtitur, vt quia de dolo actio annalis est, actionem de peculio quæ datur ex causâ doli extra eos casus qui comprehenduntur edicto Prætoris in *l. 1. infr. tit. prox.* annalem quoque esse oporteat: nam & actio depositi cùm ex dolo datur, nihilominùs perpetua est non annalis, adeóq; ꝙ magis est datur in solidum cõtra heredem *l. si hominem 7. §. datur supr. depos.* neque doli exceptio ipsa temporalis est, sed perpetua *l. purè 5. §. vlt. infr. de doli mal. exception.* licèt propria quadam ratione id fiat, quam Paulus adfert eo loco, & quæ actioni de peculio, de qua nunc agimus, minimè conuenit.

DEC. Cùm agitur de peculio ex causâ doli, quia peculium dolo patris vel domini ademptum aut diminutum esse dicatur, dolus est fundamentum intentionis actoris quippe qui non aliter possit obtinere in actione de peculio siue annali siue perpetua, quàm si probet & contractum fuisse cum filiofamilias vel seruo, & peculium aliquod esse penes patrem aut dominum eo saltem tempore quo iudicatur, vt diximus initio huius legis & ad *§. 1. supr.* atqui dolus ille est qui facit peculium si dolo malo totum ademptum sit, & facit tanto maius & locupletius peculium quod dolo malo diminutum esse probatur, cùm faciat vt prætor peculio imputet quod dolo malo patris vel domini factum est quominùs in peculio esset *d. l. summa cum ratione 21. supr.* ergo licèt dolus hîc non obiiciatur per actionem de dolo, cùm tamen actionis substantia & materia ex eo tota pendeat, non est ferendum, vt obiiciatur per actionem de peculio post tempus illud post quod agi de dolo non posset: aliáque ratio est doli qui obiicitur per exceptionem aut replicationem: locus enim est exceptioni & replicationi doli sine vlla præfinitione temporis *d. l. purè §. vlt. l. si pactum 6. C. de except.* at non item cùm obiicitur dolus per viam actionis ad fundandam actoris intentionem, vt in specie proposita, quod est odiosius *arg. l. vlt. C. de edend.* nec similis est actioni depositi hac parte actio de peculio: nam in actione depositi dolus ex contractu reique persecutione descendit vt subtiliter ratiocinatur Vlpianus in *d. l. 7. §. datur infr. depos.* vbi ex hoc infert quamuis aliàs ex causâ doli à defuncto admissi non soleat teneri heres nisi de eo quod ad ipsum peruenit, actionem tamen depositi quæ nunquam datur nisi cùm depositarij dolus interuenit, vel saltem lata culpa quæ dolo æquiparari possit, dari in solidum contra heredem: actio autem de peculio quamuis ex contractu veniat nõ quidem patrisfamilias vel domini, sed filijfamilias aut serui, dolus tamen, quo illa tanquam fundamento nititur, non ex contractu reique persecutione descendit, vt in actione depositi *dict. §. datur*, sed planè extrinsecus & aduentitius est, solúsque inducit actionem, quæ alioquin, vel nulla esset, vel ad minorem quantitatem: indéq; etiam est quod cùm actio hæc non detur in heredẽ nisi de eo quod ex dolo defuncti ad ipsum peruenit, depositi tamen actio detur in solidum *d. §. datur, iunct. §. seq. & l. prox.* ergo quemadmodum actio de dolo non datur post statutum tempus, vt sub Vlpiani nomine Tribonianus loquitur respiciens ad *d. l. vlt. C. de dolo*, quę actionem de dolo fecit biennalem, cùm antea esset annalis, ita neque actio de peculio quæ dolum pro causâ habet, quia nec eo casu dolus ex contractu reique persecutione descendit, nec in actione de peculio secundum naturam ipsius quæritur de dolo, vt in actione depositi, sed tantùm de peculio, de dolo autem non alia de causâ, quàm quia dolus peculium facit aliquando, simile quiddam est in *l. nam posteaquàm 9. §. si minor supr. de iureiur.* vbi restitutio in integrum etiam per replicationis modum opposita non aliter admittitur quàm si opponatur intra cõstitutũ tempus petendæ restitutionis, quamuis aliàs, replicationes omnes etiam doli soleant esse perpetuæ tanquam exceptiones *d. l. si pactum 6. C. de except. d. l. 5. §. vlt. de dol. mal. except.*

7 ¶ In hæredem autem doli clausula in id, quod ad eum peruenit, fieri debet, vltrà non.

Ad §. vlt. In heredem.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. pendet ex iis quæ proximè diximus. Nam cùm actio de peculio veniat ex contractu & sit rei persecutoria videbatur danda in solidum peculium aduersus heredem, sicut & actio depositi datur in solidum quãuis ex dolo defuncti conueniatur heres & condemnetur *l. si hominem 7. datur infr. depos. iunct. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Sed decidendi ratio est, quia in actione depositi dolus ex contractu reique persecutione descendit, quomodo scriptum est in *d. §. datur*, ita vt verum sit dicere heredem depositarij, cùm ex defuncti dolo condemnatur, condemnari tamen ex contractu ipso depositi, at in actione de peculio dolus non descendit ex contractu, sed omnino extra contractum est. Contractus enim non patris est aut domini, sed filijfamilias vel serui: dolus autem è contrario non filijfamilias aut serui est, sed patris aut domini. Nec cùm heres actione ista

de peculio condemnatur ex dolo defuncti, potest dici ex defuncti contractu condemnari, sed tantùm ex ipsius dolo, & vt loquitur hîc Vlpianus *ex doli clausula*, quę in actione de positi nulla est, denique dolus hoc casu facit actionem de peculio quomodo Papinian. scribit in *l. verbis 5. ad leg. Falc.* diē aut cōdicionē legatū facere, cū propter repræsētationē diei vel condicionis, legatū valet, quod alioqui non valeret, iunge quod scriptum est in *§. emptor autem d. l. summa cum ratione 21. supr.* & quæ ibi diximus. Ergo sicuti actio hæc de peculio cùm adnexam habet pro fundamento doli allegationem & obiectionem, non datur post tempus illud intra quod actio ipsa de dolo proponi debet: ita neque danda est in heredē nisi de eo quod peruenit *l. si plures 17. §. 1. l. in heredem 26. & seq supr. de dolo*, & *ex regula d. l. in honorariis.* quamuis non sit illa regula perpetua: sunt enim multæ actiones, quæ quia rei persecutionem sui natura continent, perpetuò dantur & post annum, quæ tamen quia pœnales sunt qua parte dolum factúmque puniunt eius qui conuenitur, in heredem non dantur nisi de eo quod peruenit. Pete exempla ex *l. 3. §. penult. & l. 4. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. illud quoque 7. §. vlt. & l. seq. de tribut. act. l. furtim caesa 7. §. hac actio infr. arbor. furt. caesar.*

31. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd si ipse hæres dolo fecit, solidum præstat.

Ad l. Sed si ipse heres 31.

RAT. DVB. Ex persona heredis condicio obligationis defuncti non immutatur *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* atqui actio de peculio quæ contra defunctum ex doli clausula moueri potuit eam condicionem ab initio habuit, vt aduersus heredem transire non posset, nisi de eo quod ex defuncti dolo ad heredem peruenisset, vt proximè diximus: ergo nec si heres ipse dolum admiserit, vltra tamē teneri debet actione illa de peculio, sed in eum potiùs danda est, separata & specialis actio de dolo, ne ex dolo suo lucretur, *l. ne ex dolo 12. supr. de dolo.*

DEC. Actio de peculio quæ in heredem datur ex dolo defuncti non excludit dolum heredis, quē nemo dixerit fauore aut priuilegio aliquo ne in solidum condemnari debeat, cùm ex suo dolo conuenitur qui impunitus manere nunquam debet *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. except. iunct. l. pen. in fin. ad SC. Trebell.* neque necessaria est noua actio de dolo vt dolus hic vindicetur, cùm vindicari possit per actionem de peculio, non quasi sit illa bonæ fidei [nec enim numeratur inter actiones bonę fidei in *§. actionum instit. de action.* quarum proprium, & singulare ius est, vt per eas dolus ipso iure vindicetur *l. sed etsi 21. infr. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.*] sed quia actio de peculio semper illam habet adiectionem, *etsi quid dolo malo domini captus fraudatusq́, actor est l. in bona fidei 36. infr.* quibus verbis licèt dolus heredis non exprimatur, cùm actio contra dominum ipsum datur, exprimitur tamen quoties in heredem ipsum actio dictatur: nemo enim dubitat quin is qui ex alieno etiam dolo aliquatenus tenetur, multo magis teneri & condemnari debeat in solidum si ex dolo suo proprio conueniatur *l. de eo 18. infr. deposit.* neque iustam conquerendi causam habet heres si actione de peculio conueniatur ex proprio dolo, potiùs quàm separata actione de dolo, ex qua si condemnaretur etiam infamiæ notam incurreret, quæ per actionem de peculio licèt clausulam doli adnexam habeat, nunquam irrogatur. Quod tamen hîc dicitur heredem qui fecit dolo malo solidum præstare sic intellige, vt præstet solidum peculium, non autem solidum debitum: dolus enim peculio quidem imputatur *d. l. summa 21. supr.* sed non supra peculium.

32. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI ex duobus, vel pluribus hæredibus eius, qui manumisso seruo, vel libero esse iusso, vel alienato, vel mortuo intra annum conueniri poterat, vnus fuerit conuentus: omnes hæredes liberabuntur: quamuis non in maiorem quantitatem eius peculij, quod penes se habet, qui conueniuntur, condemnetur. ídque ita Iulianus scribit. Idémque est, & si in alterius rem fuerit versum[a]. Sed & si plures sint fructuarij [b] vel bonæ fidei possessores: vnus conuentus cæteros liberat: quamuis non maioris peculii, quàm penes se est, condemnari debeat. Sed (si) licèt hoc iure contingat. tamen æquitas dictat[c] iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberātur, vt magis eos perceptio, quàm intentio liberet. [d] nam qui cùm seruo contrahit vniuersum peculium eius, quod vbicumque est, veluti patrimonium intuetur.

Ad l. Si ex duobus 32.

RAT. DVB. Plures heredes illius qui annali actione de peculio conueniri potuit, non nisi pro hereditaria quisque portione defuncti personam repræsentant, ideóq; nec nisi pro portionibus illis hereditariis conueniri à creditoribus possunt, tāquam diuisis ipso iure per legem duodecim tabularum actionibus *l. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit. vel credit.* nec proinde possunt creditores peculiarij contra vnum ex pluribus illis heredibus agere in solidum: non enim socij sunt nec pro sociis habendi, vt eorum quisque in solidum conueniri & condemnari possit *l. quaesitum 30. §. 1. in fin. supr.* nec rursus videri potest creditor agendo contra vnum ex iis etiam in solidum, amittere actionem quam habuit aduersus heredes cæteros, siue pro hereditariis, siue pro peculiariis portionibus, cùm aduersus singulos in solidum non cōpetierit;

petierit:nemo autẽ exercẽdo actionẽ quę nõ cõpetit.cõsumat eam quæ competit, vt diximus ad §. *is qui semel d. l. quæsitum ex l. cùm indebitum 57. in fin. supr. de condict. indeb. l. 1. §. vltim quand. dies vsufr. legat. ced.* Non potest igitur defendi quod Iulianus scripsit, & Vlpianus ex iuris ratione verum esse admittit, si ex pluribus heredibus eius qui manumisso vel alienato vel mortuo seruo intra annum de peculio potuit conueniri vnus fuerit conuentus, scilicet in solidum, non pro hereditaria tantùm portione [sic enim hic locus necessariò intelligendus est] cæteros omnes liberari, quamuis abeo qui conuentus fuit creditor solidum consecutus non sit, sed eam tantùm peculij partem quæ penes eum fuit, secundùm ea quæ de actione de peculio perpetua contra vnum ex pluribus heredibus danda scripsimus ad *d. l. quæsitum §. 1.*

Dec. Actio de peculio non datur contra heredes plures patrisfamilias vel domini pro hereditariis portionibus, vt cæteræ actiones hereditariæ, licet sit ipsa quoque hereditaria, sed pro partibus peculiaris, quæ apud singulos post factam hereditatis & peculij diuisionem inueniuntur *d. l. quæsitum §. 1.* ac proinde fieri potest, vt vnus ex pluribus heredibus teneatur, nunc pro hereditaria portione si diuisum sit inter eos pro partibus hereditariis peculium: nunc pro minore, aut pro nulla, si minùs aut nihil penitus ex eo peculio apud eum remanserit, nunc denique in solidum si totum peculium apud eum sit. Inde fit vt cùm creditor vnum ex heredibus solum & in solidum conuenit de peculio siue annua siue perpetua actione [nam quod hîc de annali tantùm actione Vlpianus loquitur, non sic debet accipi quasi aliud senserit in perpetua, sed quia de perpetua iam dixerat in *d. l. quæsitum §. 1.*] hoc ipso liberet cæteros, quia eum non alio colore conuenire intelligitur, quàm quasi habẽtem peculium solidum: in quo si errat, sibi imputet qui non fuerit curiosior ad inquirendum antequam ageret pro qua parte, aut an in solidum peculium esset apud eum in quem parabat solidi actionem, sed non potest ideo dicere se nihil egisse, aut actione ipso iure non competente. Quandoquidem aliquo casu poterat illa in solidum competere, scilicet si conuentus ille totum peculium habuisset, sed hic quidem iuris rigor & nimia asperitas est vt postea Vlpianus subijcit Æquitas enim dictat, vt in alios coheredes quoque iudicium dari debeat qui non nisi per occasionem iuris liberati sunt, cùm tamen peculij partem penes se haberent, vt magis eos perceptio quàm sola creditoris intentio liberet, quemadmodum postea dicemus.

a *Idémque est etsi in alterius rem fuerit versum.* Rat. Dvb. Ille ex pluribus heredibus in cuius rem versa est pecunia quæ seruo credita fuit viuo domino, tenetur propria & speciali actione de in rem verso, qua cæteri creditores teneri non possunt in quorũ rem nihil versum est, & quæ locum habere potest tum quoque cùm de peculio actio nulla superest *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Ergo etiamsi creditor egerit de peculio siue annua siue perpetua actione contra vnum ex pluribus defuncti domini heredibus & quidem in solidum, cùm tamen neque heres ille solidum peculium haberet, neque in eius rem quicquam versum esset, dicendum est non esse liberatum ne quidem ex rigore iuris alium coheredẽ in cuius rem versa fuit pecunia, quo minus si non actione de peculio, saltẽ de in rẽ versõ cõueniatur.

Dec. Actio de in rem verso quantùm ad eos pertinet qui de peculio conueniri possunt, continetur in actione de peculio, nec duæ sunt actiones sed vna tantùm, licet alias, atque alias pro casuum diuersitate habens præstationes, vt diximus ad *l. quæsitũ 30. §. 1. versic. idem est & seq. supr.* Atqui quoties nõ plus in rem versum est, quàm sit in peculio, sufficit actio de peculio, adeóq; commodior est actori quàm de in rem verso, quæ probationem exigit versæ in rem pecuniæ, quæ actio de peculio non requirit *§. prætereà Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo cũ per electionem vnius ex heredibus conuenti in solidum de peculio is quoque liberatus sit ab actione illa de peculio, in cuius rem versa fuit pecunia, consequens est vt ab actione etiam de in rem verso liberatus sit, perinde ac si creditor qui contra alium coheredem in solidum egit solidum peculium ab eo esset consecutus. Cùm autem dico *solidum peculium*, intelligo etiam solidum debitum, quia pono non minùs fuisse in peculio quàm in debito. Cæterùm si maior esset quantitas pecuniæ debitæ & in rem versæ quàm peculij: aliud certè probandum esset, dicendúmq; ad concurrentem quidem peculij quãtitatem liberatum esse coheredem ab actione quoque de in rem verso, sed de residuo tamen quod plus est in actione de in rẽ verso quã sit in peculio, liberatum non esse, & de in rem verso conueniri adhuc posse, quia ad residuum illud sicut actio de peculio extendi non potuit, ita nec electio malè facta illius ex heredibus qui in solidum conuentus est cum pro parte peculij dumtaxat conueneri debuisset.

b *Sed etsi plures sint fructuarij.* Rat. dvb. & decid. eadem ferè est quæ ad sententiam præcedentem. Nam sicuti plures heredes illius qui actione de peculio siue annali siue perpetua tenebatur, possunt eadem actione conueniri non, tamen pro æquis partibus aut hereditariis, sed pro peculiariis, id est, quatenus apud vnumquemque eorũ peculium est, ita & cùm plures sunt fructuarij, vel bonæ fidei possessores, conueniri possunt singuli, sed non pro ampliore quisque parte quàm quæ apud eum in peculio est, idémq; & in pluribus bonæ fidei possessoribus obtinet. Ex quo fieri videtur, vt nec vnus ex ijs possit eligi in solidum nisi qui solidum peculiũ apud se habeat, nec si electus sit ille qui solidum peculium non habuit, actio tamen contra alios competens consumatur, ne quidem ipso iure, tanquam quæ non competierit. Sed tamen contra visum est Iuliano, ratione illa, quod non eò minùs debeat electio nocere illi, qui cùm singulos fructuarios & bonæ fidei possessores conuenire posset, vnumquemque pro sua parte peculij, maluit vnum eligere & in solidum conuenire tanquam habentem totum peculium, quo casu solidum ab eo consequi potuisset, in quo siue iuris siue facti ignorantia errauerit, debet sibi imputare qui potuit & cõsulere peritiores *l. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. l. in bonorum 10. de bonor. poss.* & facti veritatem diligentius inquirere *l. vir vxori 17. in fine principij infr. ad SC. Vellei.* aut quod tutiùs fuisset & expeditiùs, vnumquemque pro ea peculij parte, quæ apud eum esset conuenire. Denique sufficit actum esse in solidum cum vno, vt ex ipsa quoque agentis voluntate & intentione cæteri liberati intelligantur, cùm non potuerit separatim agi cum pluribus in solidum, maximè si ex parte agentis protestatio nulla intercessserit *arg. l. 1. §. 1. infr.*

quod legat. sed in his quoque scilicet fructuarijs & bonæ fidei possessoribus pluribus, quorum vnus conuentus sit in solidum apud quē tamen peculium solidum non fuerit, aliud ex æquitate probandum est, vt ex electione & intentione actoris sola non liberentur alij, sed tantùm perceptione.

c *Sed licèt hoc iure contingat tamen æquitas dictat.*

RAT DVB. Nihil est æquius quàm suam cuiq. culpam nocere: cùm nec sentire quisquam videatur damnum quod ex culpa sua sentit *l. factum* 151. *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Ergo etiam ipsa æquitas dictat creditori, qui malè elegit eligēdo in solidum eum qui solidum peculium non habuit, malæ suæ electionis pœnam sentiat, id est, actionem quā aduersus alios habuit, amittat, vt & in *l. electio* 26. *sup. de noxal act. l.* 1. §. *penul. supr. de exercit. act. l. habebat quis* 13. *supr. de instit. act. l. quod in herede* 9. §. 1. *de tribut. act.*

DEC. In omnibus quidem, sed maximè in iure æquitas spectanda est *l. in omnibus* 90. *de regul. iur.* Et ideo placuit in omnibus præcipuam esse iustitiæ & æquitatis magis quàm stricti iuris rationem *l. placuit* 8. *C. de iudic. l.* 2. § *item Varus in fin. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & si quando æquitas pugnet cum æquitate, quod perraro quidē fit sed tamē aliquando accidit, præualere illam debere, quæ maior est *l. si seruus* 61. §. *quod verò. infr. de furt.* Sicut è contrario cùm in aliqua specie nihil constitui potest quod non aliquid iniqui habeat, id potiùs sequendum est, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties* 200. *de regul. iur.* Atqui aperte iniquum est in damno morari creditorem, nec solidum quod sibi debetur consequi, ob id solum quod malè elegerit, conueniendo in solidum eum, qui solidum peculium non habuit, in lucro autem manere illum ex pluribus heredibus aut fructuarijs aut bonæ fidei possessoribus, qui licet non fuerit conuentus partem tamen peculij, apud se habeat cùm creditor contrahens cum seruo totum ipsius peculium vbicunque & vndecunque esset, intuitus sit, tanquam proprium ipsius serui patrimonium *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *supr. l. peculium & ex eo* 39. *infr.* Sicut enim æs alienum cuiusque patrimonij, nō certi loci sed vniuersatum facultatum onus est. *l. si fideicommissum* 50. §. 1. *supr. de iudic.* Ita ei onus peculij ad totum peculium pertinet, vbicumque & vndecunque sit *d. l.* 19. §. 1. *supr. l.* 1. §. *si præcepto* vbi dicemus *infr. tit. prox.* Est igitur æquius dari iudicium de peculio in eos, qui partem aliquam peculij habent, vt ab iis creditor consequatur quod ab eo quem elegit, consequi non potuit. In re namque obscura melius est fauere repetitioni quàm aduentitio lucro *l. non debet* 41. §. 1. *de regul. iur.* & ei qui certat de damnō vitando, qualis est creditor quàm ei qui de lucro captando *l. vlt.* §. *sin verò creditores C. de iur. delib.* qualis ille est qui cùm partem peculij possideat onus tamen peculij hoc est æris alieni quod eam peculij partem respicit subire recusat contra *l. secundum naturam* 11. *de regul. iur.* & id agit quantum potest, vt cum aliena iactura locupletetur aduersus æquitatem iuris naturalis *l. iure naturæ* 206. *eod. l. nam hoc natura* 14. *supr. de condict. indeb.* Nam nec error iuris, multò minus autem facti nocet cuiquam in dominis amittendæ rei suæ *l. iuris ignorantia* 7. & *seq. de iur. & fact. ignor.* Alia ratio est creditoris, qui cùm plures correos debendi haberet, contra singulos egit pro æquis partibus atque ita actionem suam diuisit: et si namque ab vno partem debiti consequi non possit, non ideo tamen ad alium redire potest, vt ab eo aliquid vltra partem suā exigat cùm sibi debeat imputare, cur partem suam diuiserit *l. si creditores* 8. *C. de pact.* cui nec derogauit Iustinianus cùm cōstituit in *l. vlt. C. de fideiuss.* vt vnius ex correis electione alius non liberetur. Alia rursum quæstio est, an ex pluribus actionibus competentibus vna electa perimat, aliàs de qua scripsimus ad *d. l. habebat & ad d.* §. *eligere*. Est autem hic locus notandus, & in auxilium euocandus aduersus eos, qui cōtra prudentum nostrorum responsa non erubescunt æquitatem obiicere, quasi sint illi meliores æquitatis arbitri & magistri, quàm fuerint prudentes nostri, quibus nihil tam solemne & familiare est, quam vt si quando mera iuris ratio ab æquitate dissentiat, obseruent æquitatem, eámque iuris rigori anteponant nisi cùm alioqui fieret, vt contra ipsissima legis alicuius verba responderent, vt in specie *l. prospexit* 12. *infr. qui & à quib. manumiss.* Nam strictæ iuris rationi æquitatem anteponere potuerunt, sed legum autoritati non potuerunt *d. l.* 2. §. *item Varus de aqua & aquæ pluu. arcend. l.* 3. *de separat.* Nec minùs ridiculi sunt qui iuris rigori eam duntaxat æquitatem præferunt, quæ sit scripta. Quis enim æquitatem illam de qua in hoc §. agitur, scripserat ante Vlpianum aut potiùs ante Iulianum qui nec eam prætermisit, vt constat ex *l. si creditor* 37. §. *si actum sit infr.* nec tamen dubitant illi anteponere illam rigori iuris: neque sanè vlla æquitas est, quæ ex scripto æstimanda sit, ne tum quidē cum scripta est, vt alibi sæpe docuimus.

d *Vt magis eos perceptio quàm intentio liberet.* Sensus est, neminem qui alterius debitor sit, liberari ob id solùm debere quod creditor contra alium egerit, & frustrà intenderit alium dare oportere, suo enim quisque facto & solutione liberandus est aut aliquo actu qui æquipolleat, solutioni nō sola intentione actoris, vt in *l.* 4. *supr. de his qui effud. vel deiec.* Quanquā non est perpetua hæc regula. Plerunque enim sola electione ita liberatur debitor, vt postea conueniri nunquam possit, licèt actor suum non perceperit, nec nisi per occasionem iuris liberatus sit, vt ad locum illum adnotauimus. Illud sanè constat, non debere occasionem iuris ad cuiusquā trahi iniuriam: nam & doli exceptiones ob id comparatæ sunt, ne cui dolus suus per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prosit *l.* 1. §. 1. *infr. de doli mal. except.*

1 ¶ In hoc autem iudicio licèt restauretur præcedens: tamen & augmenti, & decessionis rationem haberi oportet. & ideo, siue hodie nihil sit in peculio, siue accesserit aliquid: præsens status peculij spectandus est. Quare circa venditorem quoque [a] emptorem, hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio, posse nos ab emptore consequi: nec retrorsum, velut in vno iudicio, ad id tempus conuentionem reducere emptoris, quo venditor conuentus sit.

Ad §.

Ad §. 1. In hoc autem iudicio.

RAT. DVB. In actione de peculio sectatur quid & quantum sit in peculio eo tempore quo res iudicatur *l. quaesitum 30. in princip. supr.* Atquin is qui egit de peculio in solidum contra vnum ex plurib. heredibus aut fructuariis aut bonae fidei possessoribus, nec solidum ab eo consequi potuit quod non totum haberet peculium si hodie contra alios agat partem aliquam habentes peculij, iam tamen obtinuit vt contra eum qui prior conuentus est res iudicaretur. Nec potest hoc nouum iudicium contra alios institutum persequi quin praecedens restauretur, quia inter eum qui prior conuentus est & alios qui nunc conueniuntur constituendum est quid & quantum in peculio habuerit ille qui condemnatus est, cùm alij non possint teneri nisi in id quod habuit ille minùs in peculio. Ergo licèt hodie quaeratur de peculio, non tamen praesens status peculij spectandus est, sed ille qui fuit eo tempore, quo prior vel conuentus vel saltem condemnatus est, vt eadem causa omnium seruetur quae esset si ab initio omnes simul pro sua quisque peculij parte conuenti fuissent.

DEC. Actio de peculio recipit accessionem & decessionem *l. vlt infr. tit. prox.* sicut & peculium ipsum *l. peculiũ nascitur 40. hoc tit.* Quãdiu ergo durat actio peculij, tandiu praesens peculij status attendi debet, quantum ad eos qui nunc conueniuntur, siue hodie nihil sit in peculio, siue aliquid accesserit, aut decesserit, vt plus minúsve in eo sit quam fuerit eo tempore quo prior conuentus & condemnatus est. Nec in eo nulla fit iniuria ei qui posterior conuenitur etiamsi plus praestet, quàm praestaturus fuerat si prius conuentus fuisset, cùm non condemnetur vt soluat nisi ex eo quod hodiè habet in peculio, atque ita quod soluere cõmodè possit. Multo minus fit vlla etiam iniuria creditori si hac de causa minus cõsecutus sit, diminuto fortassis peculio, cùm boni consulere debeat qui hoc quantulumcunque est amplius consequitur ex Praetoris aequitate quàm ex summo iure consequi ob malam electionem suam debuisset. Sanè illius qui prior conuentus in solidum est & condemnatus pro ea parte peculij quam tum habuit, vix est vt minui vel augeri debeat condemnatio ob id solùm quòd eius peculium est postfacto auctum fuerit vel imminutum, cùm certam formam habuerit condemnatio quae ex euentu posteriore immutari non potuit, vt de stipulatione scriptum est in *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.*

a *Quare circa venditorem quoque.* RAT. DVB. & DECID. ad hunc versiculum eadem est quae ad sententiam praecedentem: nam quemadmodum potest creditor peculiarius eligere quem velit ex pluribus defuncti patrisfamilias aut domini heredibus aut ex pluribus fructuariis vel bonae fidei possessoribus. Ita tamen vti ne quisquam eorum in plus condemnari possit quàm quod in peculio habuit, vt dictum est in principio huius legis. Sic & habet electionem vendito seruo an cum venditore velit agere de peculio an cum emptore, nec tamen ab alterutro consequi ampliùs potest quam apud eum sit peculij *l. & ancillarũ 27. §. si seruus iunct. l. si noxal. 11. §. idem scribit supr. l. si creditor 37. §. seruum infr. hoc tit. l. de peculio 10. supr. de tribut. act.* Et quemadmodum electo vno ex pluribus defuncti patrisfamilias vel domini heredibus aut vno ex pluribus fructuarijs vel bonae fidei possessoribus, alij ipso iure liberantur, ex aequitate tamen tenentur in quantum habent hodie in peculio. Ita & electo venditore liberatus videtur emptor, & est ipso iure, ex aequitate tamen tenetur de residuo quod à venditore consequi creditor non potuit vt ex peculio quod habet, indemnem praestet creditorem. De illo tantùm dubitari potest an eam indemnitatem praestare debeat ex eo quoque peculio quod emptori accessit post venditoris condemnationem, an ex eo tantùm quod habuit eo tempore quo venditor condemnatus fuit. Respondet autem Vlpianus sibi verius videri, vt id quoque peculium quod emptori post condemnationem accessit creditor possit consequi, quia quod dicimus rei iudicandae tempus spectandum esse cùm de peculij quantitate quaeritur ex *dict. l. quaesitum 30. in princip. supr.* tunc obtinet cùm vnum idémque iudicium est, at hic duo sunt iudicia, & quamuis iudicium praecedens restauretur per posterius, id tamen ex necessitate fit & ex ordine vt sciri possit quid & quantum veniat in posterius iudicium, non etiam vt posterius, quod reuera diuersum est à priore, & separatã exigit condemnationem, ad id tempus reuocetur, & retrotrahatur, quo venditor conuentus fuit, aut condemnatus.

2 ¶ Venditor serui, si cum peculio seruum vendiderit, & tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio conuenietur. neque enim hoc pretium serui, peculium est, vt Neratius scripsit.

Ad §. vlt. Venditor.

RAT. DVB. Is qui seruum cum peculio vendidit certo precio, & precium illud accepit non tantùm serui, sed etiam peculij precium habere intelligitur: est enim precium rei venditae, ponimus autem non modò seruum, sed etiam peculium ipsius venditum fuisse. Ergo perinde habendus est ac si peculium sibi retinuisset, quoniam qui precio fruitur rem ipsam habere videtur *l. quia qui precio 39. supr. de vsufr.* Ergo & de peculio conueniri potest, cùm ea actione teneatur venditor, si modò peculium serui retinuerit, & eum creditor intra annum elegerit.

DEC. Qui vendit seruum cum peculio vno eodémque pretio non duas res vendit vt tot possint dici venditiones quot sunt res, quomodo si plures fundi specialiter nominati vno instrumento emptionis interposito venditi essent, vt in *l. cùm plures 72. infr. de euict. iunct. l. quia dicitur 32. eod.* sed vnam dumtaxat rem vendit scilicet seruum eum accessione peculij. Peculium enim nihil nisi serui venditi accessio est, propter quam seruus tanto pluris venditur *l. si venditor 38. in princip. de act. empt. l. 1. & 2. l. tunc inutile 12. infr. de pecul. legat. l. ex parte 39. § duos filios supr. famil. ercisc und.* Ergo nec precium ab emptore datum pro peculio datum videri potest, sed pro seruo peculium habente. Proinde non potest dici precium hoc esse peculij, quasi in locum peculij venditi subrogatum, sed precium serui. Peculium igitur nullum habet venditor qui seruum cum

peculio vendidit licèt serui precium habeat. Nam sicuti seruus in sui ipsius peculio esse non potest *l. deposui* 38. §. *Stichus infr. hoc tit. l. Stichus* 16. *in fin. de pecul. legat.* ita neque precium serui: cõsequens igitur est vt venditor hic post venditionem à se ita factam de peculio conueniri à creditoribus peculiariis nullomodo possit, id est, nequidem intra annum quomodo conueniri posset si post venditionem haberet adhuc peculiũ aut quid aliud quod esset vice peculij. Omnis enim actio de peculio nec minus annalis, quã perpetua, necessario supponit peculium, vt sæpius diximus. Ergo quod tot locis scriptum est creditorem serui venditi electionem habere an velit agere cum venditore, an emptore *l. si noxali* 11. §. *idem scribit l. & ancillarum* 27. §. *si seruus l. prox.* §. 1. *supr. l. si creditor* 37. §. *seruũ infr. hoc tit. l. de peculio* 10. *supr. de tribut. act.* ita intelligendũ est si peculium aliquod apud venditorem remanserit, vt vel ex hoc maximè loco apparet. Iunge *l. seq.*

33. IAVOLENVS libro 12. ex Cassio.

SEd si quis seruum ita vendidit, vt pretium pro peculio acciperet: penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculij peruenit.

34. POMPONIVS libro 12. ex variis lectionibus.

NOn penes quem res peculiaris sit.

Ad l. Sed si quis seruum 33. *& seq.*

Sicuti pendet hæc lex à §. *vlt. legis præcedentis*, vt intelligamus quantum intersit an venditor serui cum peculio precium peculij acceperit an serui, vt priore casu possit venditor intra annum conueniri de peculio: posteriore vero non possit, ita coniungenda est cum *l. seq.* vtraque enim lex vnico sensu continetur, cùm quis seruũ ita vendidit, vt precium pro peculio acciperet, puta si separatim & separatis preciis & seruum & præterea peculium vendiderit emptorique res peculiares tradiderit (hoc enim ponendum necessariò est, vt dominium peculij in emptorem transferatur §. *per traditionem &* §. *vendita Instit. de rer. diuis*) videri esse peculium penes eum qui precium habuit, id est penes venditorem, non etiam penes emptorem licet res peculiares apud eum sint, vt concludamus solum igitur venditorem hoc casu de peculio conueniri posse, non emptorem.

RAT. DVB. Non videtur fieri posse vt res ipsæ peculiares non magis sint peculij quàm earum precium quod ad venditorem peruenit. Sunt enim reuera peculiares, cùm eædem manserint, quæ anteà fuerunt: precium autem quod pro ijs datum est, non nisi fictitiæ & tacitæ cuiusdam subrogationis ac repræsentationis iure, peculium esse intelligitur, *l. quia qui precio* 29. *supr. de vsufr.* Non potest autem imagine ac fictione vlla, naturæ veritas adumbrari inquit Papinianus in *l. filio* 23. *infr. de liber. & posthum.* Ergo meliùs & veriùs est dicere, peculium esse penes emptorem, penes quem sunt res ipsæ peculiares quàm penes venditorem qui nihil nisi precium peculij habet. Etsi enim ex vulgari nostrorum brocardico subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est *l. si quis cum* 10. §. *qui iniuriarum supr. si quis causs. leg. sed quod inde* 71. *de legat.* 2. Nemo tamen vnquam dicit subrogatum esse illud ipsum in cuius locum subrogatum est, aut precium quod loco rei est esse rem ipsam: nec enim quicquam potest esse vice & loco sui ipsius, nec dubitatur quin aliud sit res ipsa, aliud verò rei precium *leg si alij* 42. §. 1. *supr. de vsufr.* §. *si res aliena Instit. de legat.*

DEC. Non potest fieri vt vnum idémque peculium sit penes duos in solidum, vt nec aliud quicquam siue dominium respicias *l.* 5. *si duobus supr. commod. siue possessionem l.* 3. § *ex contrario de acquir. possess. l. duo in solidum* 19. *de precar.* Necesse igitur est vt vel totum peculium sit penes venditorem solum, aut penes solum emptorem in solidum, aut penes vtrumque pro parte. Atqui cùm venditor peculium totum certo precio vendidit, & traditis rebus omnibus peculiaribus accepit pretium fieri nequit vt non sit totum peculium & solidum vel penes venditorem solum, vel penes solum emptorem, non etiam pro parte penes hunc & pro parte penes illum non est autem solidum penes emptorem, quia cùm precium ei absit quod dedit, non videtur ex illa peculij emptione valde factus locupletior quod fortasse carius & iniusto precio emerit, longéque iustius est peculium quod ante venditionem penes venditorem fuit, etiam post venditionem apud eum manere, tametsi res omnes peculiares à se abdicauerit, cùm earum nomine sibi pretium retinuerit, & peculium sit ex genere & numero vniuersalium quæ non modò accessionem & decessionem recipiunt, vt diximus, sed etiam facilem vnius in locum alterius subrogationem *l. vtrum autem* 23. vbi diximus *supr. de hered. petit.* Quis enim dixerit abesse peculium, ei qui peculium vendidit & pro peculiaribus rebus habet earum precium? Nulla igitur ratio est, vt quasi peculium habere desierit de peculio quoque teneri desinat, & onus peculij transferatur in emptorem qui res peculiares habere quidem cœpit, sed ex causa onerosa, quæ vltra onerari eum certè non patitur.

35. IAVOLENVS libro 12. ex Cassio.

AT cum hæres iussus est peculium dare, accepta certa summa: non videtur penes hæredem esse peculium.

Ad h

Ad l. At cùm heres 35.

RAT. DVB. Cùm heres peculium accepta certa summa legatario dare iussus est, quamuis summa illa condicionis implendæ causa ei data esse videatur, quia tamen figura condicionis expressa non est perinde videtur penes heredem esse iure hereditario ac si heres eo veluti precio peculiũ legatario vendere iussus esset, & legatarius eam summam pro precio inferre *l. in ratione 30. § tametsi uncti. §. vendere & seqq. infr. ad leg. Falcid.* vbi Marcianus hanc ob causam scribit eam summam in legatorum quoque Falcidiam imputari debere, in quam tamẽ non solent imputari ea quæ condicionis implendæ causa capiuntur *l. id autem 76. l. in quartam 91. eod. tit.* Ergo quemadmodum cùm quis peculium certo precio vendidit & tradidit accepto precio peculium adhuc penes eum esse intelligitur, vt dictum est in legib. præcedentibus, ita & cùm heres accepta certa summa peculium dare iussus est, nihilominus peculium apud eum esse intelligendum est, vt proinde de peculio conueniri debeat ipse non legatarius: tanto magis quod etiam cùm peculium alicui simpliciter legatum est, nec aliquid heres pro peculio retinuit, adhuc tamẽ placet heredem conueniri debere de peculio non legatarium, non tam quatenus heredem qui omnibus creditoribus hereditariis satisfacere debeat, quàm quia peculiũ adhuc ipse habere videatur, cùm tradendo id legatario se liberauerit ab actione ex testamẽto qua ei tenebatur, vt subtiliter Vlpianus ex Cæcilio disputat in *l. 1. §. item heres infr. tit. prox.* quem sequitur Marcianus in *l. si seruo 18. de pecul. legat.* quamuis Iulianus contra senserit in *l. 1. §. per contrarium de dot. releg.* vt diximus ad *l. si quis seruũ 29. supr.* cuius opinionẽ fortasse Iauolenus in hac lege secutus est. & ita sanè omnino dicendum est: nõ enim ratio illa Cæcilij & Vlpiani eo minus locum habet in herede qui certa summa accepta peculium legatario dare iussu est, imò tanto magis vt peculium adhuc penes se habere videatur, quia id tradendo liberauerit se ab obligatione præstandi ex testamento legati Perinde namque liberatur cùm accepta summa peculiũ dare iussus est atque cum nulla accepta. Nec summæ perceptio quicquã hîc addere potest, nisi vt tanto facilius credi possit peculium esse nihilominus penes heredẽ quasi summam illam pro peculij precio, vt diximus, & iure hereditario acceperit maximè si dantis persona demõstrata non fuerit secundum Papiniani distinctionem in *l. acceptis 93. ad leg. Falcid. & in l. deducta 50. §. acceptu ad SC. Trebell.* cùm verò ea quoque Marciani sententia & distinctio quæ ponitur in *d. §.* tametsi Iuliano quoque placuerit, vt ibidem Marcianus refert, dicendum est Iauolenum in hac lege Iuliani quid m sententiam probasse, sed non æquè Iulianum hanc Iauoleni opinionem probaturum fuisse, nisi eo saltem casu quo expressa conditionis figura heres à legatario eam summam conditionis implendæ gratia datam accipere iussus esset, ac demonstrata præterea dantis persona, vt Iulianus, si non cum Iauoleno, attamen cum Papiniano consentiat. Iunge quæ dicemus ad *d. § item heres.*

36. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

IN bonæ fidei contractibus quæstionis est, an de peculio an in solidum, pater, vel dominus tenerentur. vt est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conueniretur? ego autem arbitror, non solùm de peculio, sed & si quid præterea dolo malo patris capta fraudatáque est mulier, competere actionem. nam si habeat res, nec restituere sit paratus [a]: æquum est eum, quanti ea res est, condemnari. nam quod in seruo, cui res pignori data est, expressum est: hoc & in cæteris bonæ fidei iudiciis accipiendum esse, Pomponius scripsit. namque si seruo res pignori data sit: non solùm de peculio, & in rem verso competit actio: verùm hanc quoque habet adiectionem, *Et si quid dolo malo domini captus fraudatúsque actor est.* videtur autem dolo facere dominus, qui, cùm haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

Ad l. In bonæ fidei 36.

RAT. DVB. Pleniores fiunt præstationes & vberiores ex bonæ fidei contractibus quàm ex strictis, cùm ex ijs agitur iudicio bonæ fidei non stricto *§. in bonæ fidei & seq. instit. de action.* sed cùm ex bonæ fidei contractu agitur de peculio contra patrẽ vel dominum, quia nec alia contra eos actio competit *l. 3. §. si filiusfamilias supr. commod. l. depositi 1. supr. hoc tit. l. 1. §. filium familias 42 de pos.* eadem actio de peculio est quæ contra eos daretur si ex stipulatione cõuenirentur, omniq; casu actio de peculio stricta est, videturq; absurdum quærere an actione de peculio in solidum an de peculio tantum pater vel dominus teneatur, cùm nomẽ ipsũ actionis ostendat de peculio vltra id quod in peculio est agi non posse. Ergo etiamsi filiofamilias dos data sit, dummodò non iussu patris dicendum est cum patre agi quidem nihilominus posse, quod videatur dos ad eum peruenisse penes quẽ est peculiũ, sed sufficere vt in id damnetur quod in peculio est. aut si quid in rem patris præterea versum sit, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur infr. solut. matrim.* Nec quærendum esse an dolo malo patris aliquid in ea dote factum sit, quoniam in actione de peculio is demum dolus à prætore imputatur peculio per quem factum est quominus sit in peculio, *l. summa cum ratione 21. supr. hoc tit.* At longe aliud est dolum admissum esse in ipsa quãtitate peculij vt minùs esset in peculio: aliud verò in dote aut alia re quæ per actionẽ de peculio petatur. Prior dolus vindicari potest per actionem

de peculio, quia & quod dolo malo patris vel domini factû est, quominus esset in peculio, perinde haberi debet acsi esset. At posterior non item, quia actionum bonæ fidei singulare ius est vt earum potestate dolus vindicetur, nec minùs actiones doli quàm exceptiones ipso iure bonæ fidei iudiciis insint, propter illa verba *ex bona fide*, quæ in iudiciorum bonæ fidei formula semper addebantur *l. sed si ideò 21. sol. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* adeóque quod magis est, ipsæ etiam condictiones *l. vlt. in princ. & §. 1.* vbi dixi *sup. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* In strictis iudiciis qualis est actio de peculio aliud est tum quoque cùm ex bonæ fidei contractu venit, quia non tam ex quo contractu agatur inspiciendum est quàm qua actione. Etsi non nego extra casum hunc actionis de peculio perraró posse contingere vt ex bonæ fidei contractu detur actio quæ sit stricti iuris, si eum quoque casum excipias quo ex bonæ fidei contractu aliquo nascatur condictio vt in *d. l. vl. de condict. ob turp. caus.* cùm omnes condictiones sint stricti iuris.

Dec. Bonam fidem quæ non tam stricto iuri quâ dolo opponitur in omnibus contractibus etiam qui sunt stricti iuris considerari æquum est, inquit, *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Sed tamen maximè in bonæ fidei contractibus, in quib. illa etiam bona fides quæ nihil nisi æquitatem significat, exuberare potissimùm debet *l. bona fides 31. infr. depos. l. bona fides 50. & l. ex empto 11. §. vlt. infr. de action. empt.* Quid enim tam contrarium est æquitati & bonæ fidei quâ dolus? Ergo cùm ex contractu bonæ fidei actio de peculio venit, licèt ea sit stricti iuris, dolum tamen per eam vindicari æquum est, nec tantùm filij aut serui, sed etiam patris & domini, licèt cum iis contractum non sit *d. l. 1. §. filiumfamilias 42. infr. depos.* Non quidem æquitate & potestate iudicij, quæ in hanc rem nulla esse potest, nec in aliud quidpiam nisi pro fructibus post litem contestatam perceptis ex ea re quæ aliquando fuerit actoris *l. videamus 38. §. si actionem inf. de vsur.* Sed vi & potestate clausulæ quę in actione illa siue generali de peculio siue specialiore de in rem verso adiici debet, *& si quid dolo malo patris dominíve captus fraudatúsque actor est*, vt actio quoque de dolo quæ alioqui separatim & proprio iudicio instituenda esset, actioni strictæ insit, quomodo in eiusmodi actionum formulis inseritur etiam clausula exceptionis doli, quæ alioqui non inesset *§. sed & in stricti iuris iudiciis Instit. de action. l. 2. §. circa, & pass. de doli mali except.* vt & in iudiciis arbitrariis *l. sumptus 48. de rei vindicat. leg. Papinianus 14. supr. de Public. in rem act.* Idque est quod Vlpianus hîc scribit *non solùm de peculio & de in rem verso actio competit, verùm hanc quoque habet adiectionem*, vt intelligamus non noua & alia actione quàm ex contractu bonæ fidei de peculio vel de in rem verso hoc fieri, sed eadem ipsa actione habente tamen adiectionem supradictam, quæ in actione de peculio vel de in rem verso ex contractu stricti iuris competente non apponeretur. Alioqui nulla esset inter contractus bonæ fidei & stricti iuris differentia, quod tamen hæc lex negat. Est enim hęc actio quodammodo mixta ex actione bonæ fidei & stricta: ideóque mixtam quandam naturam habet, quam non habet actio de peculio vel de in rem verso, quæ nascitur ex contractu stricto. Tota enim stricta est. Iunge *d. l. 1. §. filiumfamilias 42. infr. deposit. l. & ideò 7. §. idem ait infr. de in rem vers.* & quæ ibi dicemus.

a *Nam si habeat res, nec restituere sit paratus.* Ratdvb. Res in dotem datæ filio, & quas pater penes se habet, peculiares non sunt, cùm sint dotales. Ergo vel actione de peculio repeti non possunt tanquam nihil habentes commune cum peculio, sed potiùs iudicio de dote, vel si patrem eo quoque nomine teneri æquum est, quod res dotales non restituat, quarum restituendarum habet facultatem quasi hoc ipso faciat dolo malo, vt scriptum est in fine legis. Cur condemnatur duntaxat quanti ea res est, non etiam quanti mulier in litem iurauerit, ne alioqui iusto precio cogatur illa res suas vendere *l. si filiofamilias 25. §. maritum infr. solut. matr.*

Dec. Iudicium de dote aút quod idem est, rei vxoriæ, quod bonæ fidei est, & in quo propter eam causam iurari potest in litem, quoties competit iure dominij ex regula *l. in actionibus 5. supr. de in lit. iur.* non potest locum habere nisi contra maritum aut mariti heredem *l. dotis actione 9. C. solut. matrim. & pass. ill. tit. infr.* Atqui pater neque maritus neque mariti heres est. Non potest igitur conueniri iudicio de dote: sed tantùm de peculio vel de in rem verso, si quid in rem ipsius præterea versum sit *d. l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur infr. eod. ill. tit.* Atqui actiones istæ de peculio & de in rem verso sunt stricti iuris, in quibus proinde nunquam iurari in litem potest extra casum *d. l. in actionibus §. planè l. aliàs 6. de in lit. iur.* Sufficit ergo vt condemnetur pater *quanti ea res est*, id est, quanti actoris interest. Quæ & actionis de dolo natura & condemnatio est *l. arbitrio 18. in princip. & §. 1.* iunctis iis quæ ad eum locum aduersus Tribonianum scripsimus *supr. de dolo.* Et quidem propter adiectam à Prætore in actione de peculio doli clausulam: quia dolo facere videtur pater vel dominus, qui cùm habeat facultatem restituendi, non vult tamen restituere. Multò magis si dolo fecerit quominus possit restituere, *d. §. maritum & l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. 1. §. vlt. infr. depos.* Est autem hoc ius primum in contractu pignoris inductum, vt re pignori data seruo, non solùm de peculio & de in rem verso dominus teneatur, verùm hanc quoque adiectionem habeat actio de peculio, *& si quid dolo malo domini captus fraudatúsq; actor est.* Sed quod in hoc cõtractu qui bonæ fidei est constitutum fuit, ad alios quoq; bonæ fidei contractus debet porrigi in quib. nec alia siue dubitandi siue decidendi ratio est. Etsi verò ex contractu pignoris nascitur actio pignoratitia, quæ bonæ fidei est. Attamen contra patrem vel dominum ex contractu filijfamilias vel serui, non simplex actio pignoratitia competit, sed cum adiectione illa *de peculio* vel *de in rem verso*, quæ strictam facit actionem, quam alioquin bonæ fidei esse non ambigeretur. Idémque in actione depositi aut commodati de peculio & aliis actionibus bonæ fidei, quæ contra patrem vel dominum nonnisi de peculio dantur, iuris est, *l. 3. § si filiofamilias supr. commod. d. l. 1. §. filiumfamilias infr. depos.*

37. Ivlianvs libro 12. Digestorum.

Si creditor filij tui hæredem te instituerit, & tu hæreditatem eius vendideris: illa parte stipulationis, *Quanta pecunia ex hereditate ad te peruenerit*, teneberis de peculio.

Ad l. Si creditor 37.

RAT. DVB. Cùm dominus serui à creditore peculiari institutus hereditatem ipsius adiit, certum est aditione cõfusam esse obligationem, qua pater creditori tenebatur, & ea confusione extinctam quoq; actionem de peculio, cùm iura creditoris & debitoris in eandem personam confluxerint, nec sui ipsius debitor quisquam aut creditor dici possit *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio infr. de solut. l. heres à debitore 21. l. debitori 50. de fideiuss. l. debitori 7. C. de pact.* etsi autem idem heres institutus eam hereditatem alij postea vendiderit, non idcirco tamen conueniri magis dominus potest, non solùm quia semel extincta obligatio nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. arcam de solut.* sed etiam quia eadem confusionis retinendæ ratio semper durat, cùm heres qui hereditatem vendidit non eo minùs heres remaneat, ideoque & creditoribus hereditatiis perinde atque anteà teneatur *l. 2. C de hered. vel act. vendit.* quisquis enim semel heres fuit, semper heres perseuerat *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. inst. l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* extra casum illum *d. §. vlt.* si heres post aditionem in seruitutem reductus sit, aut si testamentum per inofficiosi querelã rescissum sit *l. in substitutione 31. eo. tit. de vulg. & pupi. substit. l. circa 19. de inoff. testam.* atqui emptor hereditatis non plus iuris in hereditate, aut ex causa hereditatis habere potest quàm habuerit venditor ipse vẽditionis tempore, cùm per emptionem hereditatis nihil aliud sibi acquirat, quàm vt loco heredis esse videatur *l. 2. in pri. & § cum quis infr. de hered. vel act. vẽd.* ergo non magis permittendum est emptori, vt ob id quod ex contractu serui dominus creditori debuit, agat contra venditorem, quàm vt venditor agat cõtra seipsum. DEC. In venditione hereditatis solet interponi ex parte emptoris stipulatio illa *quanta pecunia ex hereditate ad te peruenerit*, quæ ideò dicebatur stipulatio emptæ & venditæ hereditatis, ex qua stipulatione tenetur venditor, vt quicquid ad se peruenerit ex hereditate restituat emptori: peruenisse autem intelligitur id omne per quod in effectu per hereditatem factus ille sit opulentior *d. l. 2. §. peruenisse & pass. eâdem lege*, atqui non potest negari quin dominus serui idémq; debitor creditoris peculiarij factus sit locupletior ex creditoris sui hereditate, cùm ea ratione liberatus sit ab actione de peculio, qua tenebatur defuncto, & quolibet alio herede existẽte, mansisset obligatus. Fit enim locupletior quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* ergo ex supradicta stipulatione cogendus est præstare emptori, quãtum actione de peculio aut de in rem verso præstitisset, alij cuilibet creditoris sui heredi, non obstante confusione, quæ per hereditatis aditionem facta est, quasi non tam in sui quàm in alterius cuiuslibet heredis locum emptorem substituerit *d. §. cum quis*, nec necesse est vt actio de peculio, vel de in rem verso, quę per confusionem intercidit, per venditionem ressuscitetur: & ita intelligi debet quod hîc Iulianus scribit *teneberis de peculio*, non vt venditor conueniatur ab emptore actione de peculio, sed vt ex supradicta stipulatione teneatur præstare quicquid de peculio filij seruíve, aut in rem versum inueniatur, vt scriptum est in *d. l. 2. §. illud quæsitum est de hered. vel act. vendit.* at præterea nihil, id est, non solidum quod seruus filiúsve familias debuit, quia nec de solido conueniri pater aut dominus potuisset, sed de peculio duntaxat.

1 ¶ Si seruo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille decem emerit, & tibi scripserit se octo emisse, túq; ei permiseris eos octo ex tua pecunia soluere, & is decem soluerit: hoc nomine duos aureos tãtùm vindicabis: sed hi venditori præstabuntur duntaxat de peculio serui.

Ad l. Sed si seruo tuo.

RAT. DVB. Sicuti causa emptionis indiuidua est *l. cùm ex causa 139. de verbor. oblig.* quia neque emptor fuerat partem empturus, neque venditor partem venditurus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* ita & obligatio precij, quoniam precium omne in pecunia numerata consistere necesse est *§. precium institut. de empt. & vendition.* aut in qua alia re quæ sit vice pecuniæ numeratæ, vt in *l. 1. C. de rer. permut.* quamquam contractus ille non tam emptionis contractus est, quàm emptioni similis, nisi precium fuerit certum & taxatum, precium autem quod in pecunia siue numerata, siue numeranda consistit, non potest nisi indiuiduum esse, cũ numerus omnis vltima eáque indiuidua vnitate concludatur, ex eáque formam, & denominationem suam accipiat: ergo si seruo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille verò decem emerit, & tibi scripserit se octo emisse, tuque ei permiseris eos octo aureos ex pecunia tua soluere, & is decem soluerit, dicendum est totam illam venditionem, & pro toto precio factam ex voluntate tua fuisse, vel non fuisse, si ex tua voluntate, nullã ergo te vindicationẽ habere duorũ aureorũ quos seruus citra permissionẽ tuã soluit, si nõ ex tua volũtate posse te igitur nõ tãtũ duos illos aureos, sed cum illis etiam octo alios vindicare. Denique cùm sit vnicum precium vnius venditionis, non potest diuerso iure censeri, vt pars vna vindicari possit, alia non possit *arg. l. eum qui ades 23. infr. de vsucap.* Præsertim cùm dominium vicarij à seruo empti, non pro parte, sed in solidum acquisitum sit domino, cui nec pro parte acquiri potuit, pecuniæ autem quæ pro precio datur, dominium in venditorem ab emptore transferri debeat *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* & quidem in solidum *l. Iulianus 13. §. offerri eod. l. quod vendidi 19. infr. de contr. empt.*

DEC. Non habet seruus potestatem alienandi res domini, ne quidem peculiares, nisi liberam habeat peculij administrationem *l. si conuenerit 18. §. vlt. sup. de pig. act.* Ceterarũ verò rerũ nullo modo nisi quatenus facit ex voluntate domini; nec si liberam peculij administrationem habeat, idque ex generali iuris regula, quæ non patitur id quod nostrum est sine facto nostro in alium transferri *l. id quod nostrum 11. de regul. reg.* Itémq; ex speciali illa quę meliorẽ quidẽ condicionẽ nostram per seruos aut filiosfam. nos

strosfieri posse vult, at nō etiam deteriorem *l. melior* 133 *eod.* ergo si dominus permiserit seruo, vt vicarium sibi emeret, emptúmque solueret ex pecunia domini ad octo vsque aureos duntaxat, ille verò non solùm ignorante, sed etiam inuito domino decem soluerit, non potest fieri, vt duorum illorum aureorum quos vltra octo soluit dominium transtulerit in venditorem, cùm nemo plus iuris in alium transferre possit quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris* 54. *eod.* neque verò debuit seruus siue in emendo seruo, siue in soluendo precio, id precium egredi quod mandato & permissione domini continebatur *l. ita vt omnes* 36. §. 1. *iunct. l. diligenter* 5. *infr. mandat.* cùm igitur dominium illorum duorum aureorum manserit penes dominū dubitari non potest quin habeat eorum vindicationem quos potest suos dicere *l. in rem* 23. *supr. de rei vindic. l. Quintus* 27. §. *argento infr. de aur. & argent. legat.* At quantum ad alios octo aureos pertinet qui volentè & expressim permittente domino ex eius pecunia soluti sunt, quia dominium eorum translatum est in venditorem, vindicatio eorum competere nulla potest, sed neque condictio, cùm soluti fuerint ex iusta causa, nec venditorem & re & precio carere æquum sit *d. l. ex empto* 11. §. *qui autem l. bona fides* 50. *de action. empt.* præsertim venditore non conquerente quod à seruo deceptus fuerit, si pro eo quod ad integri precij solutionem deest, malit esse contentus actione de peculio, quàm ipsi competere dubitandum non est, quia & seruus ipse, si conueniri posset vtique ex ea causa insolidum teneretur: ita ergo fiet, vt si nihil, aut miùs sit in peculio, moretur venditor in damno, cùm pro decem aureis quibus seruum vendidit, non nisi octo sit habiturus, quod apertè iniquum sanè fuerit, ideòque hoc casu ratio facit, & æquitas dictat, vt dominus si duos illos aureos vindicet, nec vicariū quem penes se habet restituat, doli mali exceptione repellendus sit, si modò venditor sit paratus recepto vicario, illos octo aureos, quos ex pecunia serui accepit, ei reddere, vt ita in pristinum statum reponantur, & sine cuiusquam iniuria ab emptione discedatur, vt in *l. ab emptione* 58 *supr. de pact. l. si dotalis* 58. *infrà solut. matr. l. ex his* 8 *in fin. quæ in fraud. credit.* & hoc videtur mihi ad Iuliani sententiam addendum esse, si ponas nolle venditorem stare venditioni, quin ei plenissimè satisfiat de precio, viuente adhuc apud seruum aut dominum vicario, qui reddi adhuc possit: quamuis non ignorem dici posse imputandum esse ei qui cum seruo contraxit, cur cum eo contraxerit quem sciebat nō posse obligari ciuiliter, neque ex eius contractu aliam habere actionem quàm de peculio: cæterum ponendum est hunc vicarium non nisi octo aureis dignū fuisse, alioqui essent duo reliqui aurei versi in rem domini qui proinde eorum nomine non tantùm de peculio, sed etiam de in rem verso conueniri posset, multoque magis repelli exceptione doli, si duos illos aureos vindicaret.

2 ¶ Seruum communem, quem cum Titio, aut cum Sempronio habebam, Titio vendidi, antequàm eius nomine ageretur mecum de peculio, quæsitum est: si de peculio cum Titio, aut cum Sempronio ageretur: an eius peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculij, quod apud me esset, haberi debere: quia is nullam aduersus me actionem haberet, per quam id, quod præstitisset, consequi posset. Sed & si cum Titio post annum, quàm vendidissem, ageretur: similiter non esse computandum peculium, quod apud me est: quia iam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam hujus peculij rationem: postquàm placuit, alienato homine, permittendum creditori, & cum venditore, & cum emptore agere.

Ad §. 2. Seruum.

RAT. DVB. Actio de peculio communis serui nomine insolidum competit contra vnumquemq; ex dominis, ne in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum vno seruo contraxerit *l. & ancillarum* 27. §. *vlt. supr.* videtur enim creditor vniuersum serui peculium vbicunque esset intuitus esse tanquā proprium ipsius patrimonium *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *in fine principij supr.* ergo si seruum communem quem cum Titio & Sempronio habebam [sic enim legendum esse puto & pro *aut*] Titio vendiderim antequam eius nomine ageretur mecum de peculio, & quæratur an agente creditore de peculio contra Titium aut Sempronium eius quoque peculij ratio haberi debeat quod apud me est, non debet adhiberi distinctio, an cum Titio agatur, an cum Sempronio, sed tantummodò, an intra annum an post annum, vt si intra annum mei quoque peculij rationem haberi oporteat, non etiam si post annum.

DIC. Plures quidem domini conueniri de peculio in solidum possunt, & quidem ita vt vno insolidū conuento etiam peculij quod apud alios est ratio habenda sit, sed ita tamen vt quod vnus ex iis pro aliis præstiterit, possit ab iis repetere iudicio societatis aut communi diuidundo *d. l. & ancillarum* §. *vlt.* proinde si qua ratio sit propter quam is qui conuenitur, nullam à sociis repetitionem habere possit, non est æquum vt in eo condemnando, eius quoque peculij quod apud alios sit ratio aliqua habeatur, ne dāno afficiatur is qui in solidum conuentus est si ex aliorum quoque persona præstare aliquid cogeretur, atqui postquàm Titio seruum vendidi si Sempronius de peculio conueniatur in solidum, & pro eo quoq; peculio quod apud me est, nullam contra me siue pro socio siue communi diuidundo actionem habere posset, cum quo seruus ei communis ampliùs nō esset, sed cum solo Titio: non enim dantur illę actiones nisi inter socios & condiuisores: ergo in actione illa de peculio, eius tantùm peculij ratio habenda erit quod apud Titium & Sempronium inueniatur, non etiam quod apud me qui partem in eo seruo habere

bere desij: quamuis enim creditoris indemnitati cõsulendum sit quantum fieri potest, ne in plures aduersarios distringatur qui cum vno contraxerit, vt diximus, id tamen ita temperandum est vt in damno non maneat is qui pro aliis conuenitur *l. quare 28. sup.* at si cum Titio agatur de peculio, subdistinguẽdum necessariò est an intra annũ agatur, an post annum: hoc enim posteriore casu nec mei peculij ratio haberi debet, quia iam mecum agi de peculio non potest, neque à Titio cui vendidi, neque à creditore, cùm actio de peculio, quæ contra venditorem datur ex edicto sit annalis, nec rursus posset Titius contra me vllam habere repetitionem cùm non magis socius aut condiuisor meus sit quàm Sempronius, sed si intra annum agatur cum Titio de peculio aliud probandum est, quia potest hoc cásu Titius habere contra me repetitionẽ eadem proposita actione de peculio, postquàm placuit alienato seruo permittendum esse creditori, & cum venditore agere & cum emptore *d. l. si ex duobus 32. §. pen. & l. si noxali 11. § penu. supr.* dum ne eodem tempore, & diuisa actione *l. quoties 47. § si creditor inf.* si [Proculianos sequi malumus quàm Sabinianos qui contra putarunt *l. & ancillarum 27. §. illud quoque supr.*] nec minùs si creditor ipse seruum emerit, quàm si alius quilibet, vt in *d. l. si noxali §. pen.* in proposito autem Titius cui vendidi sit meus creditor, & quidem peculiaris, cùm à creditore alio conuentus præstare cogitur ei, quantum in peculio est, etiã peculio quod apud me est, computato: nec quicquam vetat quominùs contra me agat de peculio Titius, qui iam socius meus non est, quamuis socij quandiu socij sunt inter se agere de peculio non possint, *l. nam inter se 20. supr.* nec in eo vlla mihi fit iniuria, cùm quantum Titius sibi à me vult præstari, tãtumdẽ creditori præstare cogerer, si ille me, quod pro suo iure facere intra annum posset de peculio conueniret, scio tamen virum doctissimum Iacobũ Cuiacium *lib. 24. obseru. cap. 8.* locum hunc emendare deletis verbis illis *cum Titio aut*, & ita legere *cõmunem quem cum Sempronio habebam*, nec in subtiliter, vt de peculio actum sit cum Titio non tanquam cum socio, vt nostra interpretatio supponit, sed tanquam cum emptore, habeátque ille repetitionem contra me tanquam emptor, non tanquam socius, mihique videtur emendatio hæc expeditior quàm nostra quę pro *aut* reponit *&*, vulgata certè lectio defendi nullomodo potest, Cuiacij ergo emendatio & interpretatio omnino probanda est, nos iis etiam satisfacere voluimus quantum potuimus qui receptæ lectionis assertores religiosiores sunt, ad superstitionẽ vsque.

3 ¶ Si actum sit de peculio cum eo, qui vsumfructum in seruo habet: & minùs consecutus sit creditor: non est iniquum, vt ex vniuerso eius peculio, siue apud fructuarium, siue apud proprietarium erit, rem consequatur.

Ad §. 3. Si actum sit.

RAT. DVB. Non alia ratio est proprietarij & fructuarij quàm plurium proprietariorum, aut fructuariorum apud quos singulos sit pars aliqua peculij, quia omnes de peculio tenentur, si quidem is qui cum seruo contrahit, vniuersum eius peculium tanquam proprium ipsi⁹ patrimonium intuitus esse videtur vbicumque peculium illud sit, & vndecunq;, vt toties diximus ex *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarũ 27. § vlt. l. si ex duobus 32. supr. hoc tit.* atqui quoties plures sunt proprietarij vel fructuarij, vel etiam bonæ fidei possessores, ius ita est vt conuento vno in solidũ, cæteri omnes ipso iure liberentur *d. l. si ex duobus*, vbi scripsimus *supr.* ergo idem quoque in proprietario & fructuario dicendum est, vt si actum sit de peculio, cum eo qui vsumfructum in seruo habet, & minùs consecutus sit creditor, quàm ei debeatur, non possit pró residuo redire ad proprietarium tanquam ipso iure liberatum. DEC. Summa equidem & stricta iuris ratio ita facit, sed æquitas aliud dictat, vt nõ tam intẽtione quàm perceptione liberentur ij apud quos peculium est, quemadmodum scriptum est, & nos explicauimus in *d. l. si ex pluribus*, idque est quod Iulianus hîc scribit *non esse iniquum*, vt ex vniuerso serui peculio, siue apud fructuarium, siue apud proprietarium erit creditor suum consequatur, dixit *non esse iniquum* pro eo quod Vlpianus dixit in *d. l. si ex duobus*, æquitatem hoc dictare, vt intelligas Iulianum non minùs æqui & boni quàm stricti iuris peritissimum fuisse, nec minùs quàm Vlpianum in proposita specie animaduertisse quantum à summo iure distaret æquitas, quam tamen præferri oporteret, quamuis Vlpianus eo loco Iuliani sententiam sic referat quasi iuris summam duntaxat rationem viderit: æquitatis autem nullam penitus rationem habuerit: obseruãdum autem est cùm seruus habet duplicis iuris peculium, vnum quod proprietarium respiciat, alterũ quod fructuarium, non esse in electione creditoris vtrum priorem conueniat de peculio, sed eum priorem conuenire debere ad cuius peculium causa debiti respicit, posteà verò, & duntaxat in subsidium conueniendum esse illum ad cuius peculium non respicit debitum *d. l. hinc quæritur §. 1. vers.* certè illud admittendum, vbi scripsimus, & ad *l. 2. supr. hoc tit.* & ita hic quoque locus intelligi debet, vt postquàm creditor egerit cũ fructuario de re ad solius fructuarij peculium respiciente, si tamen minùs consecutus fuerit, de residuo possit agere etiam contra proprietarium, quamuis debitum illud nihil commune haberet cum proprietario, iunge *§. vlt. d. l. hinc quæritur suprà.*

4 ¶ Nihil interest, operas suas conduxerit seruus à fructuario, an pecuniam mutuam ab eo acceperit. dari itaque debebit actio ei aduersus dominum proprietatis deducto eo quod seruus, peculij nomine, apud fructuarium habet.

Ad §. vlt. Nihil interest.

RAT. DVB. Operæ in rerum natura non sunt *l. operæ 9. infr. de oper. libert.* opera namque in actu consistit, nec antè in rerum natura est quàm dies venerit, quo præstanda est *l. 1. supr. de oper. seruor.* non priùs autem dies venisse intelligitur, quàm præterierit, *l. 3. l. si quis 13. §. iudicium de operibus libert.* vbi autem dies præteriit, iam alterius diei, ac proinde aliæ operæ sunt quemadmodum si alij præstarentur *l. quia alia 12. eod.* ergo si seruus fructuarius operas suas à fructuario conduxerit, non perinde haberi debet ac si

mutuam pecuniam à fructuario accepisset, vt possit similiter agere de peculio cõtra dominũ proprietatis, quomodo posset si mutuã seruo pecuniã dedisset.

Dec. Operę cùm debentur, quia non possunt peti nisi præteritæ, nec rursus præteritæ præstari, quia iam aliæ sunt, consequens omnino est vt earum æstimationem solam peti præstarique necesse sit, vnde est quod dici solet perinde operas à libertis ac pecuniam creditam peti *l. à duobus 4. eod. tit. de oper. libert.* ergo & quod ad actionem de peculio attinet, non minùs dabitur illa contra proprietariũ pro operis quas conduxerit seruus à fructuario, quàm si fructuarius pecuniam ei credidisset, deducto scilicet eo quod seruus peculij nomine apud fructuariũ habet, vt in *l. sed si duo 15. in fin. l. & a cillarum 27. §. in venditorem supr.* operas enim debet seruus fructuario, ideóque nec eas locare ipsi potest *l. sed & si quid 25. §. idem Iulianus* aliàs *l. si seruo supr. de vsufr.* si ergo eas conduxerit à fructuario perinde fit debitor fructuarij ac pecunię creditæ.

38. Africanvs libro 8. Quæstionum.

DEposui apud filiumfamilias decem, & ago depositi de peculio. quamuis nihil patri filius debeat, & hæc decem teneat; nihilo magis tamen patrem damnandum existimauit, si nullum prętereà peculium sit. hanc enim pecuniam, cùm mea maneat, non esse peculij. denique quolibet alio agente de peculio, minimè dubitandum ait, computari non oportere, itaque ad exhibendum agere me, & exhibitam vindicare debere.

Ad l. Deposui 38.

Rat. dvb. Etiam depositi nomine quod penes filiumfamilias, vel seruum est, depositi actio in patrẽ vel dominum datur *l. depositi 5. supr. l. 3. §. si filiofamilias supr. commod. l. 1. § filiumfamilias infr. deposit.* præsertim si nihil patri vel domino debeatur, quod ex peculio deduci possit, & debeat, atqui cùm deposui penes filiumfamilias decem, & nihil patri filius debet certũ esse, videtur saltem ea decem quæ deposui & quæ filius tenet esse in peculio, ergo possum pro his decem agere de peculio contra patrem. Dec. Ex depositi titulo non trãsfertur dominium, at ne quidem possessio, quamuis re & traditione contrahatur, quia non id agitur inter deponentem & depositarium *l. licèt 17. §. 1. infr. depos.* vt euenit etiam in commodato *l. rei commodatæ 8. & seq. supr. commod.* atqui nihil fieri potest peculij quod non alienetur, & cuius dominiũ in patrẽ vel dominum non transferatur: peculium enim licèt filio vel seruo detur à patre vel domino, magis tamen patris vel domini est, imò solius patris aut domini quantum ad proprietatem. Ergo si decẽ hæc adhuc extent, nec consumpta probentur de peculio agi eo nomine contra patrem non potest si aliud prætereà nullum peculium sit: aliquod enim peculium esse oportet, saltem condemnationis tempore, vt pater vel dominus de peculio condemnari possit *l. quæsitum 30. sup. hoc tit.* proinde si aliquod peculium prætereà sit, rectè pater in proposita specie de peculio & conuenietur & condemnabitur, non quasi eo magis hæc decem fiant peculij, sed quia etiam depositi nomine quod alienatum sit & adhuc extet, perinde agi depositi de peculio potest atque si res deposita in peculium cõuersa fuisset, dummodo aliquod vel minimum peculium sit ad quod referri possit condemnatio, ideóque nimirum ponit Africanus decem ista extare, & à filiofamilias, vel à patre adhuc teneri, quia si consumpta essent, sicuti mea manere non possent, quandoquidem consumptio, licèt non sit modus acquirendi aut transferendi dominij: modus tamen est amittendi, vt sæpius docuimus, ita & fierent proculdubio peculij, ob idq; nec quicquam esset quod impediret, quominùs possem contra patrem agere de peculio, essétque pater mihi dãnand⁹ si modò nihil patri fili⁹ deberet, aut minùs deberet quã decẽ, rametsi prætereà nullũ peculiũ esset, quia & cũ extant nõ alia de causa deficit actio de peculio, quàm quia deficit peculiũ: hanc verò pecuniam quandiu extat & mea manet, non fieri peculij probat Africanus hoc argumento, quod si alius quilibet ageret de peculio contra patrem, siue aliud prætereà esset peculium, siue nullum, hæc decem quę apud filiumfamilias deposuissem, & mea manerent, peculio non computarentur, neque ad inducẽdam actionem de peculio, quæ sine peculio aliquo, vt diximus, esse non potest, siue ad augendam peculij quantitatem, quia verè diceret pater esse mihi restituenda tãquam mea nec vnquam facta peculij: ergo & nemine alio agente non actione de peculio ea petere debeo, sed per actionem ad exhibendum vt mihi exhibeantur, & exhibita per me vindicentur, vt & in *l. penult. infr. deposit.* dabitur autem mihi actio hæc, ad exhibendum contra eum qui hæc decem teneat, siue pater sit, siue filius, quia filiusfamilias quoque conueniri ex omni causa potest *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & actione,* ad exhibendum tenetur quisquis rem tenet, ita vt eius exhibendæ habeat facultatem etiamsi naturaliter tantum incumbat possessioni *l. 3. §. vlt. & l. seq. supr. ad exhib.* quamuis filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videatur, sed pater *l. filiusfamilias 93. de reg. iur.* idcirco tenendi verbo vsus est Africanus non possidẽdi, vt realem & actualem, nõ veram & ciuilem possessionem significaret, quam nec exigit rei vindicatio, quomodo eam exigit interdictũ vti possidetis *l. officium 9. supr. de rei vind.*

1 ¶ Si nuptura filiofamilias, dotis nomine certam pecuniam promiserit: & diuortio facto agat de dote cum patre: vtrúmne tota promissione, an deducto eo, quod patri filius debeat, liberari eam oporteret? respondit, tota promissione eam liberandam esse. cùm certè, etsi ex promissione cum ea ageretur, exceptione doli mali tueri se posset.

Ad §. 1. *Si nuptura.*

RAT. DVB. Certum est patrem pro ea dote quæ filiofamilias data vel promissa est à muliere, non teneri iudicio de dote soluto matrimonio nisi de peculio *l. si cùm dotem* 22. §. *transgrediamur infr. solut. matrim. l. in bonæ fidei* 36. *supr. hoc titul.* In actione autem de peculio deducendum esse ante omnia id, quod patri debetur, vel ex ipsa peculij diffinitione *l. depositi* 5. §. *vltim. supr.* Nec priuilegium vllum posse præponi patri cùm ex persona filij de peculio conuenitur *l. ex facto* 52. *infr.* Proinde ne quidem dotis, siue quòd pater præuenisse, & cum filio suo prior egisse videatur *l. sed si damnum* 9. §. *peculium supr.* Siue quòd non sit verisimile patrem filio concedere, id in peculio habere quod sibi debetur §. *præterea eiusdem legis.* Ergo si nuptura filiofamilias dotis nomine certam pecuniam ei promiserit, siue præsente siue absente patre, & diuortio facto agat illa cum patre de dote, id est, dotis actione de peculio, licèt non ad aliud teneatur pater, nec ipse quoque filiusfamilias, nisi vt mulierem promissione sua liberet *l. nupta* 30. §. 1. *infr. solut. matrim.* Cùm tamen ad hoc ipsum teneatur iudicio de peculio, dicendum videtur non tota promissione liberari eam debere à patre, sed deducto eo, quod ipsi patri debeatur.

DEC. Si ex ea promissione mulier soluto matrimonio à patre conueniretur, vtique posset se doli mali exceptione tueri, non tantùm pro ea quantitate quæ superesset deducto eo quod patri à filiofamilias deberetur, sed in totum, quia æquum non esset vllam dotis partem præstari à muliere, quæ iam à marito diuertisset: quamuis enim ex iusta causa ab initio facta esset promissio, soluto tamen matrimonio rediit ad non causam, vt in *l.* 1. §. *vltim. supr. de condict. sin. caus.* incipitque maritus eiusque pater dolo malo facere si ex ea promissione agere perseueret, quæ res doli mali exceptionem inducit *l.* 2. §. *circa infr. de doli mal. except.* Ergo nec si agat mulier actione rei vxoriæ de peculio contra patrem, deducendum est, quod à filio debetur patri, sed tota promissione liberanda est, vt ne quidem pro ea quantitate quam filius patri debet, maneat illa obligata possitque conueniri ex sua promissione. Est ergo hic casus valde singularis, in quo pater conuentus actione de peculio non deducit quod sibi debetur. Et ratio specialitatis est, quia quod hoc casu per actionem de peculio petitur tale est, vt nulla ex parte imminuat peculij quantitatem, quæ apud patrem est, sed impedit duntaxat ne quantitas illa augeatur, quæ nec nisi valde iniquè ex damno & iactura mulieris augeri posset, nihil nisi meram, sed integram liberationem petentis.

2 ¶ Stichus habet in peculio Pamphilum, qui est decem. idem Pamphilus debet domino quinque. si agatur de peculio, Stichi nomine: placebat, æstimari debere pretium Pamphili, & quidem totum, non deducto eo quod domino Pamphilus debet. neminem enim posse intelligi ipsum in suo peculio esse. hoc ergo casu damnum dominum passurum: vt pateretur, si cuilibet alij seruorum suorum peculium non habenti credidisset. idque ita se habere euidentiùs appariturum ait[a], si Sticho peculium legatum esse proponatur. qui certè, si ex testamento agat, cogendus non est eius, quod vicarius suus debet aliter, quàm ex peculio ipsius, deductionem pati. alioquin futurum, vt, si tantundem vicarius domino debeat, ipse nihil in peculio habere intellegatur. quod certè est absurdum.

Ad §. 2. *Stichus.*

RAT. DVB. Quod vicarius ordinarij debet domino ex peculio deducendum est, perinde atque quod ordinarius eidem domino debet, quia nec peculium vllum intelligitur nisi deducto omni eo quod domino debetur, vt proximè diximus ex ipsa diffinitione peculij *l.* 5. §. *vltim. l. sed si damnum* 9. §. *peculium & §. præterea supr. hoc titul.* Ne alioqui damnum patiatur dominus, cuius causa cæteris omnibus fauorabilior est, in priuilegio illo quod habet deductionis *l. ex facto* 52. *infr. l.* 5. §. *sed est quæsitum supr. de tribut. action.* Atqui cùm agitur de peculio contra dominum Stichi nomine, qui habebat in peculio Pamphilum dignum decem, eundemque debitorem domini in quinque si in ea actione æstimetur & computetur precium Pamphili totum non deducto eo quod Pamphilus domino debet, eueniet sanè, vt dominus damnum patiatur, & amittat quinque illa quæ sibi à Pamphilo debentur, quem ponimus aliud peculium nullum habere ex quo ea quinque deduci possint. Hoc verò absurdum videtur, cùm in actione de peculio maior semper habenda sit ratio domini, quàm alterius cuiuslibet quisquis ille sit, vt si quem in damno morari omnino necesse sit, alterius quàm domini periculum damnumque esse oporteat. Ergo dicendum videtur in proposita specie, cùm Stichi nomine de peculio agitur contra dominum æstimationem quidem ineundam esse Pamphili, vt ex ea peculium Stichi constituatur, sed tamen deductis quinque illis quæ Pamphilus domino debet, ne alioquin eueniat, vt eorum quinque iacturam dominus incurrat.

DEC. Cùm serui ordinarij vicarius aliquid domino debet deducendum quidem est, etiam id quod à vicario debetur domino, sed ex peculio vicarij tantùm non etiam ex peculio ordinarij, ne confundantur peculia serui ordinarij & vicariorum, quorum ratio distincta & separata propter creditores esse debet *l. si seruus meus* 17. vbi diximus *supr.* Atqui non potest videri Pamphilus, vt nec alius quisquam in suo esse peculio, quia peculium quodlibet necesse est distinctum esse à persona eius qui

habet peculium, vt idem Africanus noster subtilissime suo more disputat in *l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* Ergo nihil hoc casu deducere potest dominus ex Pamphili æstimatione, cùm Stichus ipse nihil debeat domino, qui ex Stichi non ex Pamphili persona conuenitur. Quomodo enim conueniretur de peculio ex persona Pamphili, quem ponimus nullum habere peculium? Ita fiet vt moretur dominus in damno. Quidni verò? Cùm imputare sibi debeat cur Pamphilo crediderit peculium nullum habenti. Nam & idem eueniret si alij cuilibet seruorum suorum æquè nullum peculium habenti credidisset.

a *Idq; ita se habere euidentiùs appariturum ait.* Confirmat suam sententiam Africanus nouo argumento proposita alia specie non minùs obscura, vt probet ex peculio Stichi non posse nec debere deduci quod debet Pamphilus domino: nam si Sticho peculium cum libertate legatum esse proponatur, & is ex testamento agat, vt peculium consequatur, cogetur quidem pati deductionem eius quod ipse domino debuit, at non similiter eius quod suus vicarius debet, nisi peculium aliquod habeat vicarius, quo casu sicuti ad Stichum id quoque peculium pertinebit, quia non minùs peculia vicariorum, quàm ipsi vicarij sunt in peculio ordinariorum *dict. l. si seruus 17. supr.* Ita & ex legato peculio deducetur, quod vicarius domino debuit, quatenus scilicet peculium vicarij patietur. Alioqui eueniret, vt si tantundem vicarius domino deberet quanti ipse ipsiusque peculium esset, aut potius quanti esset totum Stichi peculium, Stichus ipse nihil in peculio habere intelligeretur, quod certè absurdum esset. Quemadmodum enim aliud est, quod Stichus debet, aliud quod Pamphilus, & aliud peculium Stichi, aliud Pamphili. Ita nec ferendum est, vt ex peculio Stichi deducatur, quod debet Pamphilus, quamuis ex peculio Pamphili deducendum sit etiam, id quod Stichus debeat, quia Pamphili peculium Stichi quoque peculium est, non contrà *d.l. si seruus.* Est igitur eadem dubitandi & decidendi ratio ad hanc speciem, quæ ad superiorem, licèt alia planeque diuersa species sit ab eodem Africano tractata in *l. Stichus 16. §. 1. infr. de pecul. legat.*

3 ¶ Seruo, quem tibi vendideram, pecuniam credidi. quæsitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, vt deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. quod quidem minimè verum est, nec intererit, intra annum, quam vendiderim, an postea experiar. nam nec cæteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint in me actio datur. in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo seruo contraxissent. non deducam id, quod postea mihi debere cœperit. ex quo apparet, onus eius peculij, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.

Ad § vlt. Seruo.

RAT. DVB. In actione de peculio fit deductio eius quod domino debetur, vt toties suprà diximus, & eo colore quasi dominus tum soluere sibi videatur cum incipit de peculio conueniri *l. sed si damnum 9. §. præterea in fi. supr.* Ergo cùm de deductione facienda quæritur id maximè inspiciendum est, quid & quantum debeatur eo tempore quo de peculio agitur, siue pristinus dominus agat ipse de peculio contra emptorem, quod pro suo iure facere potest, si modò agat de eo quod ipse seruo iam facto emptoris crediderit post venditionem, vt in specie huius §. *l. & ancillarum 27. §. sed ipsi qui vendiderit & seq. supr.* siue ipse ab aliis de peculio conueniatur intra annum ex edicto de quo in *l. 1. infr. titul. proxim.* Proinde si seruo quem tibi vendideram crediderim pecuniam, atque ita post factam à me venditionem, sicut non dubitatur, quin eo nomine possim contra te agere de peculio. Ita nec dubitandum videtur, quin deducere debeam, id quod apud me ex eo peculio remanserit, vt tanto minùs à te petam quasi ex eo peculio mihi ipsi soluere debeam id in quo seruus tuus debitor meus est, vt si tantum apud me remanserit, quantum mihi debetur, tota mea contra te de peculio actio intercidat. Si verò deducto eo aliquid ex debito adhuc supersit, id solùm per actionem de peculio exigatur. Maximè verò si contra te agam intra annum, intra quem aduersus me competit actio de peculio annalis, vt quod aduersus alios agentes deducere possem in mei commodum, id me agente deducatur similiter in mei incommodum. Quasi quod fit intra annum à die venditionis peculij perinde habendum sit ac si ante venditionem factum esset, cùm eadem actio de peculio sit, & quæ ante venditionem fuit perpetua, & quæ post venditionem annalis est.

DEC. Onus peculij quod apud me remansit, vt ex eo & aliis creditoribus, & mihi quoque soluere debeam etiam post factam à me serui venditionem, ad eos contractus non pertinet, qui post venditionem facti sunt, sed ad eos solos qui ante, quia nec peculium quod apud me remansit, verè peculium est, nisi hactenus, vt Prætori materiam præbeat conseruandæ in fauorem anteriorum creditorum actionis de peculio, quæ per peculij extinctionem intercidere summo iure deberet, & quæ sine aliquo peculio intelligi nullo modo potest *d. l. 1. §. meritò autem infr. titul. proxim.* Itaque siue ego qui post venditum tibi Stichum seruum meum cum eo contraxi, siue alij quoque ab eo tempore factæ venditionis contraxerint, neque prohibendus sum experiri tecum de peculio, hoc prætextu quod mihi soluere debeam ex eo, quod apud me remãsit, neque si ab aliis conueniar de peculio, quamuis intra tempus prętoriũ, potero deducere ex eodẽ peculio, quod apud me remãsit, id quod mihi debetur, ex contractu

contractu inito post venditionem, quia verum est, quod mihi eo tempore deberi cœpit, nunquam domino debitum fuisse, vt ratiocinatur Paulus in *l. quoties* 47. §. *penult. infr.* Nec proinde æquum est distinguere, an intra annum agam vel conueniar, an post annum, sed hinc distinctioni tunc tantùm locus est, cùm de eo ære alieno agitur, quod seruus à me venditus contraxerit siue mecum, siue cum aliis ante contractam venditionem. Nec sanè quicquam causæ fuit cur Prætor peculij, nomen ac memoriam, ipsamque actionem de peculio conseruaret pro iis creditoribus, qui post venditionem cum seruo credidissent. Non enim possunt isti dicere intuitos se fuisse patrimonium, quod habebat seruus ante venditionem, cùm post venditionem contraxerint.

39. FLORENTINVS libro 11. Institutionum.

PEculium & ex eo consistit, quod parsimonia sua quis parauit, vel officio meruerit à quolibet sibi donari. idque velut proprium patrimonium seruum suum habere quis voluerit.

Ad l. Peculium & ex eo 39.

RAT. DVB. Peculium pendet ex sola domini constitutione & constituentis voluntate *l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum supr.* quia peculij est, non id cuius seruus seorsum à domino rationem habuerit, sed quod ipse dominus separauerit suam à serui ratione discernens, vt scriptum est in *l.* 4. *supr.* Ergo non potest peculium ex eo consistere, quod sua parsimonia filius, vel seruus parauit. Vt neque ex eo quod officio aliquo meruerit, à quolibet sibi donari, cùm ea omnia per seruum acquirantur domino non solùm ignoranti, sed etiam inuito ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet* 79. *de acquir. hered. iunct. l. etiam inuitis* 32. *de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* Quod in filiofamilias simile est, nisi quod acquirit ille patri etiam ignoranti quidem, sed non inuito *l. filiusfamilias* 16. *infr. quod testam. facer. poss. l.* 1. *si à parent. quis manum. sit.* Habet enim personam integram, & acquisitionis capacem patre nolente sibi acquiri, vt docuimus sæpiùs ex *l.* 4. §. *sed & filiusfamilias supr. de edend. l. is qui heres* 13. §. *vltim. l. cùm heres* 52. *de acquir. hered. l. cogi* 16. §. *si pater filio l. Imperator* 50. *ad SC. Trebell. l.* 1. *Cod. qui admitt. ad bonor. possess.*

DEC. Fiunt hæc omnia peculij non ipso iure, aut sola serui, vel filiifamilias voluntate, sed ita demùm si pater, aut dominus voluerit filium, aut seruum suum ea habere velut proprium patrimonium, id est, separatum à rationibus paternis aut dominicis. Voluntatem igitur & constitutionem patris, aut domini semper requirimus, & ab eo factam separationem. Sanè optimum siue patris, siue domini consilium est ea omnia quæ filiusfamilias, vel seruus ex sua parsimonia, vel industria meritisque acquisiuerit, in peculium ipsi concedere, vt eo veluti præmio ad parsimoniam & industriam inuitetur. Quid enim concedi possit in peculium si non ista conceduntur? Ideo autem adiicit Florentinus *velut proprium patrimonium*, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium filiifamilias, aut serui esse intelligitur *l. quoties* 47. §. *vltim. infr. iunct. l. hinc quæritur* 19. §. 1. & *l. si ex duobus* 32. *in fine principij supr. eod.* Placet autem quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius notauit. Peculij nomen esse naturale, patrimonij ciuile, quo significatur patris esse diuitias liberis parare, sicut & matrisfamilias liberos parere, vnde & matrimonium à matre, non à patre appellatur. Nisi ideo etiam fortasse, quod mater semper certa sit, pater verò non alius quàm quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper* 5. *supr. de in ius vocand.*

40. MARCIANVS libro 5. Regularum.

PEculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini. quomodo autem peculium nascitur, quæsitum est. & ita veteres distinguunt [a], si id adquisiit seruus, quod dominus necesse non habet præstare, id esse peculium: si verò tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet præstare, non esse peculium. ita igitur nascitur peculium. crescit, cùm auctum fuerit, decrescit, cùm serui vicarij moriuntur, res intercidunt, moritur, cùm ademptum sit.

Ad l. Peculium nascitur 40.

RAT. DVB. Nasci, crescere, decrescere, & mori ad ea tantùm pertinet, quæ animam aliquam habent, aut sensitiuam, aut saltem vegetatiuam. Sunt enim isti effectus omnes animæ, vt Aristoteles docet *libr.* 3. *de anima.* Atqui peculium filiifamilias, aut serui ex earum rerum numero non est, cùm non minùs in fundis & rebus inanimatis, quàm animatis possit consistere, maximè verò in pecunia quæ negotiationi exercendæ omnium aptissima est, & quam nec nasci, nec crescere, aut decrescere, nec mori posse certum est, licèt domino suo perire pluribus casibus possit, malè igitur ac minùs verè loquitur, qui peculium ait nasci crescere, decrescere & mori.

DEC. Habet peculium suas accessiones, & decessiones, quia significat corpus quoddam vniuersale, vt grex, populus, legio, & alia huiusmodi quæ constant ex corporibus distantibus de quibus in *l. rerũ mixtura* 30. *inf. de vsucap. l. proponebatur*

76.*supr. de iudic.* ideoque & augmentum recipit & diminutionem *l. si ex duobus* 32. §. *in hoc autem supr.* non minùs quàm hereditas *l. item veniunt* 20. §. *item non solum supr. de heredit. petit.* quamuis non sicut hereditas in iure consistat, nec sine corpore aliquo intellectum iuris habeat *l. hereditas* 50. *eod. l. grege legato* 21. *& seq. de legat.* 1. Et hoc est quod eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini, quem nasci, crescere, decrescere, ac mori quotidie videmus. Quomodo autẽ peculium nascatur, crescat, decrescat, & moriatur, statim explicat Marcianus.

a *Et ita veteres distinguunt.* RAT. DVB. Alia videtur adhibenda esse distinctio circa vestimenta serui cum quæritur, an sint illa peculij. Nimirum ea, quam tradit Pomponius in *l. id vestimentum* 25. vbi iam scripsimus *supr. hoc tit.* Dicendúmque potiùs videbatur tum nasci peculium, cùm à patre vel domino constituitur per separationem *l. 4. supr.* siquidem totum pendet ex patris, vel domini constitutione *l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum supr.* sicut & mori dicitur peculium cùm adimitur *infr.* Neque verò distinctio quam circa vestimenta Marcianus hic ponit, conuenire videtur filiofamilias, qui cùm sit ciuis Romanus perinde ac pater *l. nam ciuium* 4. *supr. de stat. homin.* vix alias recipit vestimentorum distinctiones, quàm quas pater ipse reciperet: cùm tamen peculium quoque filiifamilias non minùs nascatur quàm serui, quia nec minùs peculium est.

DEC. Nascitur quidem peculium tam filiifamilias, quàm serui ex patris, vel domini constitutione. Sed id tam certum est, vt non fuerit admonendum, sed casus ille potiùs in quo citra vllam domini constitutionem peculium ipso iure penes seruum esse incipiat. Quod ita demùm contingit si quid seruus acquisiuerit, quod dominus necesse non habeat ei præstare. Nam si tunicas aut quid aliud simile emerit, quod ei dominus præstare necesse habet, id peculium censeri non potest. Hoc verò quod de tunicis & aliis vestimentis dici potest, quomodo accipi debeat, iam explicauimus ad *d. l. id vestimentum* 25. *sup.* Cætera quæ hîc subiiciuntur de peculio crescente, cùm auctum fuerit siue per accessiones fructuum & fœtuum, vt in *l. vlt. infr. tit. prox.* siue per adiectionem quantitatis & rerum peculiarium, siue per auctam earum æstimationem, decrescente per mortem vicariorum, aut si quo alio modo res peculiares intercidant. Denique moriente per ademptionem, neque interpretatione vlla indigent, neque vllam dubitandi rationem admittunt. Illud solummodò addendum videtur, mori peculium non eo tantùm casu quo adimatur quod facere quandocunque volens pater, vel dominus potest, sicut & peculium augere, vel minuere, dum ne quid faciat dolo malo *d. l. 4. & l. summa* 21. *supr.* Sed tum quoque cùm seruus moritur aut filiusfamilias. Itemque cùm pater moritur per cuius mortem filiusfamilias factus sui iuris desinit, posse habere peculium *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam. l. certum est* 13. *C. famil. ercisc.* adeoque seruo alienato sine peculio, aut manumisso *l. 1. §. meritò infr. tit. prox.* quia his casibus peculium si adhuc viueret, necesse esset manere penes patremfamilias, qui porrò peculium habere nullo casu potest *d. l. vlt.* Ob eamque causam necessarium fuit edictum Prætoris de quo in *l. 1. infr. tit. prox.* vt quamuis mortuo peculio, actio tamen de peculio singulari beneficio Prætoris saltem intra annum salua esset, *dict. §. meritò.* Quod adempto peculio secus est, quia tunc actio quoque ipsa de peculio prorsus moritur, nec in annum vsque sequentem producitur si non sit facta ademptio dolo malo *l. quis ergo* 16. *vers. Marcellus supr. hoc tit. l. 1. §. 1. l. interdũ* 14. *inf. de in rem vers.* Ideoq; fortassis Marcianus hoc vnũ exẽplũ attulit mortui peculij cũ ademptũ est, non cũ filiusfamilias mortuus, aut emãcipat⁹, vel seru⁹ manumissus alienatúsve est.

41. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

NEc seruus quicquam debere potest, nec seruo potest deberi. sed, cùm eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quàm ad ius ciuile referimus obligationem. itaque quod seruo debetur [a], ab extraneis dominus rectè petet. quod seruus ipse debet, eo nomine in peculium [b], & si quid inde in rem domini versum est: in dominum actio datur.

Ad l. Nec seruus 41.

RAT. DVB. Etiam quod naturaliter debetur verè ac propriè debetur, habetque exactionem si non iure ciuili, saltem iure gentium, si nolit perfidus videri & esse debitor cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius* 184. §. *is natura debet de reg. iur.* Atqui seruus quoque naturaliter obligari potest, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines sunt pares, nec vlla liberorum & seruorum distinctio est *l. quod attinet* 32. *eod. l. 4. supr. de iustit. & iur.* Ergo cùm dicimus seruum debere, aut seruo deberi benè ac propriè loquimur, nec eo debendi verbo abutimur, vt hîc Vlpianus scribit, alioqui non erunt verè ac propriè obligationes naturales tantùm, quod tamen euidenter falsum est, cùm habeant suos effectus quàm plures, etiam ciuili ac prætorio iure adprobatos, vt puta compensationis *l. etiam* 6. *infr. de compensat.* exceptionis *l. iuris gentium* 7. §. *igitur nuda supr. de pact.* deductionis *l. sed si damnum* 9. §. *peculium & seq. supr. & pass. hoc tit.* Retentionis, & impediendæ repetitionis soluti *l. naturales* 10. *de oblig. & act. l. fideiussor* 16. §. *naturales de fideiuss. l. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. l. naturaliter* 13. vbi diximus *iunct. l. frater à fratre* 38. *& pass. supr. de condict. indeb.*

DEC. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secundum nostræ ciuitatis iura, inquit Iustinianus initio *tit. de verb. oblig.* Cùm ergo is demùm dicatur debitor qui obligatus est. Consequens est, vt is qui necessitate ac vinculo iuris obstrictus non est, vt aliquid soluere cogi possit secundùm Romanæ ciuitatis iura, is nec obligatus nec debitor propriè dici possit, vt cui non conuenit diffinitio, nec conueniat diffinitum: atqui seruus eiusmodi est, quia cùm iure ciuili omnino nullus, & incognitus sit, cum eo nulla actio esse potest *l. cum seruo* 107. *de regul. iur.* Ergo cùm dicimus seruũ debere, aut seruo deberi, abutimur hoc verbo

debendi,

debendi, nec tam ad ius ciuile quàm ad merum factũ referimus obligationem, vt hîc Vlpianus ait. Debitor namque is propriè dicitur à quo inuito pecunia exigi potest, *l. debitor* 108. *de verb. sign.* sicuti neque creditor alius intelligitur, quàm qui actionem aliquam habet aut ciuilem, aut honorariam, aut extraordinariam, & qui nulla exceptione repelli possit, non etiam is cui natura tantùm debetur, *l. creditores* 10. *iuncta l. creditor* 55. *eodem tit.* Obseruandum autem est quod Vlpianus ait obligationem serui, quæ naturalis tantùm est referri ad factum vt intelligamus naturalem obligationem æstimari tantùm ex facto non etiam ex iure. Ius enim cùm dicimus in libris nostris ius Romanum & ciuile per emphasim intelligimus, §. *sed his quidem Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* non autem ius naturale vel gentium Ex hoc verò sequitur quod docuimus ad *l. frater à fratre* 38. *supr. de condict. indeb.* contra Cuiacium obligationem naturalem filijfamilias aut serui non acquiri patri, siue actiua siue passiua sit: quoniam ea quæ sunt facti non transeunt ad patrem vel dominum, *l. qui heredi* 44. *de condict. & demonstrat.* Sed tamen non est putandum ex quolibet facto promittentis nasci obligationem naturalem (alioqui etiam furiosus prodigus & ebrius & infans, & si quæ aliæ huiusmodi personæ sunt promittendo naturaliter obligarentur quod falsum est, cùm nec fideiussor pro iis acceptus obligetur, *l. is cui bonis* 6. *de de verbor. obligat. l. si à reo*, 70. §. *si à furioso de fideiuss.*) sed illud præterea requiritur, vt adsit vinculum aliquod æquitatis quo naturalis obligatio sustineatur, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis, de solut.* Et ea nimirum obligatio naturalis est quæ omnes illos effectus habet, quos diximus compensationis, exceptionis, deductionis, & retentionis. Et quamuis plerunque accidit, vt qui naturaliter tantùm obligatus est, sit etiam obligatus iure naturali, aut quod idem est naturâ, vt in seruo euenit. Faciliùs tamen est, vt quis obligetur naturaliter, quàm vt obligetur iure naturali, vt in pupillo cernere est, qui neque promittendo, neque mutuam pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate obligatur iure naturali, *l. quod pupillus*, 41. *supr. de condict. indeb.* & tamen obligatur naturaliter, *l.* 1. *in fi. de nouat. l. cùm illud* 25. §. *heres, quand. dies legat. ced. d. l. Stichum*, §. *aditio, de solution.* sed efficacius si mutuam pecuniam accipiat sine tutoris authoritate quàm si promittat, ob eam diuersitatis rationem quam attulimus ad *d. l. naturaliter*, 13. §. *vlt. sup. de condict. indeb.*

a *Itaque quod seruo debetur.* RAT. DVBIT. Alia est persona serui, alia domini. Nec quomodo dicimus patris & filijfamilias vnam eandémque personam videri *l. vlt. C. de impub. & aliis substit. l. isti quidem* 8. *supr. quod metus causa, l. ne cum filiofam.* 16. *infr. de furt.* ita & possit quis nisi ridiculè dicere dñi & serui eandẽ personã esse, cùm nec personã vllam seruus habeat, qui neque habet caput *l.* 2. §. *vltim. & l.* 3. *supr. de capitis minut.* Ergo quod debetur seruo non potest videri debitum domino, præsertim quod ad naturalem obligationem pertinet cuius solius capax seruus est: cùm, vt diximus, naturalis illa obligatio serui siue actiua siue passiua tota ex facto æstimetur, ea verò quæ facti sunt non transeant ad dominum, *d. l. qui heredi.* Et verò cùm non possit nasci obligatio neque naturalis neque ciuilis, nisi ex aliquo contractu, vel quasi contractu, delicto vel quasi aut alio quolibet negotio *l.* 1. *de oblig. & actio.* Contractus autem omnes & delicta, adeóque ipsa etiam negotia omnia sint facti *l. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. furios.* quomodo fieri potest, vt quod seruus fecit & gessit, dominus ipse fecisse ac gessisse videatur? Denique constat obligationes quæ tantùm naturales sunt non parere actionem, *d. l. naturales*, 10 *de oblig. & act. d. l. fideiussor*, 16. §. *naturales de fideiuss.* Ergo fieri nequit, vt quod seruo ab extraneis debetur, dominus rectè petat. Alioqui videbitur agere sine actione, quod fieri non potest, *l. si pupilli*, 6. §. *vlt. supr. de neg. gest.* DEC. Vtilitatis causa receptum est, vt quisquis cum seruo contrahit, ipsi quidem seruo naturaliter tantùm obligetur. Sed tamen etiam domino ciuiliter obligetur, perinde ac si cum domino contraxisset. Quisquis enim cum seruo contrahit, non tam seruum ipsum & eius peculium quasi proprium ipsius patrimonium, quàm domini personam intuetur. Nihílque eius interest cùm id faciat per quod ciuilis obligatio inter alios contrahi solet an obligetur domino ciuiliter, quandoquidẽ perinde seruo ciuiliter obligaretur, si seruus obligationis ciuilis cõtrahendæ & sibi acquirendę capax esset. Nec eò minùs obligatur ciuiliter is qui cum seruo contrahit, quòd ea ciuilis obligatio acquiri seruo non possit, cùm per eũ acquiratur domino confestim, id est, in ipso instanti cõtractus, ita vt ne momento quidem tẽporis in persona serui consistat, *l. placet* 79. *infr. de acq. hered.* Cùm ergo dñs petit ab extraneis, quod seruo debetur, nõ petit tanquã debitũ seruo naturaliter, sed tanquã sibi debitũ ciuiliter. Est enim actio ius persequendi in iudicio quod sibi non quod alij debetur, *l. nihil aliud*, 15. *de oblig. & act.* Nec magna esset vtilitas seruorum in rep. si non per eos dominis etiam ignorantib. adeóque inuitis, vt diximus, ex omni penè causa acquireretur. Per quod fit aliquando vt dominus Romæ moriens egenus & non soluendo, per seruos suos in prouincia agentes in ipso mortis instanti locupletetur, vt in *l. de hereditate* 19. §. *filiusfamilias, in fin. inf. de castr. pecul.* Et quemadmodum dominia rerum per traditionem seruo factam, ita & obligationes ciuiles, & quæ ex obligationibus ciuilibus nascuntur ciuiles actiones, itémque honorariæ, & extraordinariæ, omnes denique quas sibi acquirere dominus per seipsum posset, *tot. tit. Institut. per quas person. nobis acquir. & tit. per quas person. oblig. nob. acquir.* non quasi factum serui transeat in dominum, sed quia transit ius quod ex illo facto proficiscitur, vt de filiofamilias patri stipulante scriptum est in *l. quod dicitur* 130 *de verb. oblig.*

b *Quod seruus ipse debet eo nomine in peculium.* RAT. DVB. Quemadmodum ex contractu serui datur actio domino contra eum qui cum seruo contraxit, proximè diximus: ita & dominum ex eiusmodi contractibus ciuiliter obligari æquum est, ac proinde in solidum, non de peculio, aut de in rem verso duntaxat conueniri, vt quod iuris pro domino contrà extraneos statuitur ipse eodem vtatur. An non enim absurdum est eos qui cum seruo contrahunt perinde haberi ac si cum domino contraxissent quantum ad hoc vt obligentur domino ciuiliter in solidum. Non autem videantur contraxisse cum domino quantum ad hoc, vt eum in solidum obligatum habeant, sed cum seruo ne agere possint contra dominum nisi de peculio, vel de in rem verso, si quid ampliùs quàm in peculio est in rem versum proponatur.

DEC. Nulla fit iniuria iis qui cum seruo contrahunt, quamuis domino in solidum obligentur,

quia nec aliter cum seruo contrahunt quàm quomodo contracturi essent cum domino, si is adesset. Quis enim nisi domini intuitu & contemplatione contrahere cum seruo vellet? Aut quæ ratio esse posset contrahendi vtiliter cum seruo, si non ad vtilitatem maximè contrahentis, persona domini inspiceretur? At fieret iniuria domino, qui non contraxit ipse, sed in eos qui cum seruo contraxerunt, incidit, si ex contractu serui vltra peculij quantitatem & supra quam in rem versum sit, teneretur, essetque in potestate serui, ignorantem, adeóque inuitum dominum obligare æri alieno, quòd esset iniquum, *l. qui in aliena, 6. in princip. infr. de acquirenda hereditate.* Melior enim conditio nostra fieri potest, per eos quos in potestate habemus, sed deterior fieri non potest, *l. melior, 133. de regul. iur. l. penultima infrà depositi.* Itaque sibi debet imputare qui accessit ad contractum cum seruo ineundum, cùm sciuerit aut scire debuerit ex ratione iuris & ciuilis & prætorij, ita comparatum esse, vt non alia lege cum seruo contrahere extraneus possit, *argum. l. si duo, 38. de acquirenda hereditate.* Nec ideò tamen fit vt contractus quisquam claudicet, cùm vix sit vt ex eodem contractu serui & dominus extraneo, & extraneus domino obligetur, quanquam si hoc contingeret, cùm nihil prohibeat eodem contractu plura capita contineri mutuas & correspectiuas obligationes inducentia, imò eiusdem quoque articuli & capitis respectu claudicare contractum in tam aperta diuersitatis ratione, vt in *l. Iulianus, 13. §. si quis à pupillo antepen. infr. de actio. emptionis.* Iunge quæ scripsimus ad *l. 1. supr.* Et adde *l. ei qui 7. C. quod cum eo.*

42. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

IN adrogatorem de peculio actionem dandam, quidam rectè putant. quamuis Sabinus, & Cassius, ex antegesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.

Ad l. In adrogatorem 42.

RAT. DVB. Sicut ex antegesto non datur actio in manumissum, quamuis idem ille sit qui ante manumissionem contraxit, *l. 1. & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat, l. cum actum 17. supr. de negot. gest.* Ita nec videtur danda actio de peculio in adrogatorem ex iis contractibus quos adrogatus iniit ante adrogationem, cùm ipse eo tempore nec peculium habuerit, nec habere potuerit, tanquam qui tunc esset paterfamilias. Nec enim paterfamilias peculium vllum habere potest, *l. vlt. in fin. Cod. de inofficioso testamento.* Et actio de peculio quæ ipso tempore contractus non nascitur, nec postea quandocunque nasci potest; cùm ex ipso contractu veniat *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Ac quemadmodum onus peculij non pertinet ad posterioris temporis contractus, id est, eos qui post serui venditionem facti sunt, *l. deposui, 38. §. vlt. supr.* Ita nec ad eos pertinere debet qui ante adrogationem facti sunt ab interrogato & eo tempore quo peculium adhuc nullum erat, vt diximus.

DEC. Paterfamilas qui se dat adrogandum simul cum capite, fortunas quoque suas omnes in familiam & domum adrogatoris sui transfert, *l. qui ex liberis, 11. §. testamento infr. de bonorum possessione secund. tab.* Ob eámque causam ita comparatum est, vt onera quoque eius qui in adoptionem datur siue per adrogationem siue per adoptionem simplicem, ad patrem adoptiuum transferantur, *l. penultim. supr. de adopt.* Fit enim alienatio sua causa, *l. alienatio, 67. de contrahenda emptione.* Nec aliter certè constitui ius posset sine summa creditorum iniuria, qui cum adrogato tum patrefamilias contrahentes vniuersum eius patrimonium intuiti sunt quod hodie penes adrogatorem inuenitur. Nam si actio de peculio ideò comparata est, ne alioqui fraudarentur creditores, qui serui peculium velut proprium ipsius patrimonium intuiti essent, vt toties in præcedentibus diximus, quanto magis habenda ratio est eorum qui cum patrefamilias contrahentes verum ipsius patrimonium pro consequenda indemnitate præ oculis habuerunt? Mirúmque potiùs illud videri debet, cur non teneatur adrogator in solidum, ac non de peculio duntaxat, cùm per adrogationem, qui titulus acquirendi est per vniuersitatem succedat in iura omnia eius qui adrogatus est, vt nec malè dici possit heredis loco esse *tit. de acquisit. per adrogat. Institut.* Sed dicendum est iura quidem actiua adrogati, quia bonorum ipsius appellatione continentur, in adrogatorem transire cum ipsa vniuersitate bonorum, sed non æquè iura passiua, quoniam iuris successor non est adrogator, neque heredis loco: sed singularis successor, quomodo is qui vniuersitatem hereditatis emit, *l. 2. C. de heredit. vel act. vendit.* Ideóque nulla in eum creditoribus adrogati personalis actio competit, sed nomine tantùm filij conueniri potest, hactenus vt si nolit filium defendere, permittatur creditoribus vrgere missionem in possessionem bonorum filij, vt Iustin. scribit in *§. vlt. dict. titul. de acquisit. per adrogat.* Cùm verò filij nomine pater adrogator conueniatur, consequens est, vt si filius hic peculium habeat, possit pater & debeat conueniri de peculio, quomodo alius quilibet pater filij sui nomine conueniretur. Est enim longè faciliùs vt actio de peculio ad eos contractus retrotrahatur qui facti sunt antequam esset peculium, quàm vt ad posteriores extendatur factos eo tempore, quo peculium esse iam desiit: Et ita pro iis quorum sententiam Vlpianus refert & probat, contra Sabinum & Cassium disputari posse arbitror. Illud omnino addendum est ex Pomponio in *l. si quis 7. infr. de pecul. legat.* quamuis adrogator neque heres sit, neque heredis loco, si quis tamen creditori suo adrogandum se dederit, & agatur de peculio cum adrogatore, non minùs ei permittendum esse quàm heredi, vt quod sibi debetur ex peculio filij deducat, scilicet tanquam pater, cùm non nisi tanquam pater conueniatur de peculio, *l. si quis reum, 5. §. vlt. de liber. legat.* non tanquam heres, aut quasi

alius singularis successor quilibet conuentus actione de peculio, *l. si noxali 11. §. penultim. & vltim. supr.* Quisquis enim conuenitur, de peculio potest deducere, quod sibi debetur.

43. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI posteaquam tecum de peculio egi, ante rem iudicatam seruum vendideris: Labeo ait, etiam eius peculij nomine, quod apud emptorem quæsierit, damnari te debere: nec succurrendum tibi. culpa enim tua id accidisse, qui seruum vendidisses.

Ad l. Si posteaquàm 43.

RAT. DVB. Is qui seruum vendidit cuius nomine de peculio conueniri poterat, licet nihilominùs teneatur de peculio intra annum *l. 1. inf. tit. prox.* adeóque emptori ipsi non minùs quàm cæteris creditoribus *l. quoties 47. §. non tantùm infr.* non tamen tenetur supra eam peculij quantitatem quæ apud ipsum est, & pro peculio quod apud emptorem seruus quæsiit emptor conueniendus est non venditor *l. si noxali 11. §. pen. & vltim. l. & ancillarum 27. §. si seruus alienatus supr.* Nec aliud est etiamsi priùs actum sit contra venditorem *leg. si ex duobus 32. §. 1. versic. quare circa venditorem quoque supr.* Hoc ipsum enim sonat nomen actionis de peculio vt non possit dari supra eam quantitatem peculij quæ apud illum est qui conuenitur. Ergo si posteaquàm de peculio egi tecum tu ante rem iudicatam seruum vendideris, non videtur verum quod Labeo dixit & Paulus probat. Etiam eius peculij nomine quod apud emptorem seruus quęsiuerit, damnari te debere præsertim cùm ex eo nullum damnum sensurus sis, tanquam ab emptore ipso consecuturus, quod à venditore consequi non potueris.

DEC. In peculio id quoque computatur, quod per eum qui de peculio conuenitur factum est, quominus in peculio sit *leg. summa cum ratione 21. supr.* Atqui per te factum est & per venditionem abs te iudicio pendente factam quominus hodie & rei iudicandæ tempore in peculio serui apud te sit quod ille apud emptorem quæsiit, quia si non vendidisses ille apud te quæsiuisset. Ergo perinde teneri debes de eo quoque peculio quod apud emptorem est, atque si apud te esset: cùm enim mihi imputare non possis quod tardiùs egerim qui ante venditionem iam te conueneram, ego tibi imputabo cur iudicio pendente vendideris, quia quoties post iudicium aliquod acceptum alienatio fit, id semper statuere iudex debet quod statueret, ac iudicaret si alienatio nulla facta esset, siquidem alienatione facta nihilominùs iudicium manet, & consequenter in eo damni ratio venit etiam eius quod post alienationem contingit, inquit idem Paulus noster in *l. quamquam 4. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Alioqui esset in potestate eius qui conuentus est duriorem & deteriorem aduersarij condicionem etiam post acceptum iudicium facere quod nec ante acceptũ licet *l. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Neque sanè dolo caret is qui iudicio pendente alienat quoties per eã alienationẽ accidit quod vix est vt nõ accidat vt deterior actoris condicio fiat, quomodo fit in proposito, cũ valde intersit mea vnico iudicio peculium totum serui debitoris mei consequi, quasi totum apud te constitutum potiùs quàm post rem tecum iudicatam nouum aduersus emptorem iudicium instituere de eo peculio quod post venditionem seruus apud eum quæsiit *d. l. si ex duobus 32. §. 1. supr. l. minor annis 40. in princip. supr. de minor. l. terminato 3. in fin. C. de fructib. & lit. expens.* Etsi verò culpam hanc Paulus vocat non dolum, quem prætor & Vlpianus exigit in *d. l. summa cum ratione*, de culpa tamen lata & magna intelligi hoc debet quæ dolo æquiparatur & ad eum tam prope accedit, vt etiam dolus esse dicatur in *l. magna 226. de verb. signific.* Non enim quæuis culpa & alia quàm lata sufficeret vt quod reuera in peculio eius qui conueniretur non esset in peculio tamen computaretur. Cæterùm si dolus inducitur ex eo quod fecit dominus ex sola suspicione quòd alius secum de peculio acturus esset, vt scriptum est in *d. l. summa versic. sed etsi quis cùm suspicaretur*, quanto magis ex eo quod factum est pendente iam & inchoato iudicio? Iunge *l. si quis seruum 23. infr. de action. empt.* ex qua lege & ex Marcelli ad Iulianum nota videtur hæc quoque lex sic intelligenda & supplenda vt de eo demùm peculio quod seruus venditus apud emptorem quæsiuit teneri debeas, quod ille apud te fuerat acquisiturus si venditus non fuisset, proinde si quid ei donatum sit ab extraneo non ipsius, sed tui tantùm contemplatione, peculio tuo non computabitur, quia id non haberes hodie si eum non vendidisses *l. si seruus 21. & seqq. supr. de vsufr.*

44. VLPIANVS libro 63. ad Edictum.

SI quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, & patrem dumtaxat de peculio.

Ad l. Si quis cum filiofamilias 44.

RAT. DVBIT. Non sicut is qui cum seruo contrahit domini magis quàm serui personam intuetur, quia scit se cum seruo actionem habere nullam posse vt diximus ad *l. nec seruus 41. supr. hoc titul.* ita & dici potest eum qui cum filiofamilias contrahit respicere ad personam quoque patris quandoquidem cum eo contrahit qui personam habet integram, quique ex omnibus causis præterquàm ex mutuo ciuiliter obligari & conueniri non minùs quàm pater potest *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* Nec quicquam causæ esse videtur quare is qui cum vno tantum contrahit duos debeat habere debitores. Cùm dici soleat quod & verissimũ est, in contractibus, aliquando licèt persona, tẽpus quidem aut conditionem subintelligi posse,

sed personam numquam nisi quæ expressa sit *leg. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* Atqui in contractu inito cum filiofamilias neque pater interuenit, neque de patre obligando quicquam expressum est, quod quamuis expressum esset, ex solius tamen filij facto & voluntate obligari pater non posset *l. 1. & tot. tit. C. ne filius pro patr. & pater pro fil. ten. leg. qui in aliena 6. in princip. de acquir. hered.* Satis ergo est quod is qui cum filiofamilias contrahit solum eum habeat obligatum in solidum, nec ei adeò indulgendum est vt patrem quoque obligatum habeat de peculio, quandoquidem neq; cum patre, neque patris iussu contraxerit, maximè verò cùm actio de peculio sit honoraria, & velut in subsidium ex necessitate quadam inducta *l. hinc quæritur 19. §. vlt.* vbi diximus & ad *l. seq. supr.* Frustra enim honorariam actionem requirit is qui iam habet ciuilem *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Dec. Is qui cum filiofamilias contrahit quem scit nulla ex suo capite habere bona *l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill. substit.* peculium ipsius quod à patre habet intuetur tãquam proprium filij patrimonium, quasi non aliter cum filiofamilias contracturus. Quid enim ei prodesset quæsita contra filiumfamilias ciuilis actio in solidum, ex qua nihil posset exigere viuo patre propter inopiam debitoris *l. nam is 6. supr. de dolo.* neque ex condemnatione, quam patre viuo aduersus filiumfamilias obtinuisset, post mortem patris agere nisi in quantum facere filiusfamilias posset *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss. l. si ex alio 9. Codic. quod cum eo.* Necessario igitur inducenda fuit actio prætoria de peculio contra patrem ex contractu filijfamilias non minùs quàm contra dominum ex contractu serui, ne alioqui deciperentur ij qui cum filiofamilias contrahentes peculium eius intuiti essent quod tamen magis patris est quàm filij *l. 3. §. sed vtrum l. patri. 27. in princip. supr. de minor.* atque ita de patre quoque sibi obligando ad finem vsque peculij cogitassent. In quo non habet pater quod conqueratur qui dando peculium filio extraneos omnes qui cum eo contraxerunt vt contraherent, inuitauit, atque ita decepisse eos videretur si actionem de peculio filij nomine suscipere recusaret, præsertim cùm in eius potestate maneat peculium quandocumque velit adimere filiofamilias, & ab actione de peculio ita se liberare vt subijcitur in *l. seq.* dum ne adimat dolo malo, & in fraudem creditorum *l. summa cum ratione 21. supr.* Quidni verò? Cùm etiam domino liceat adimere peculium seruo, contra quem tamen miser creditor nullam vnquam actionem habere possit *d. l. summa & l. 4. supr.* Plane ex contractu filij nemo dixerit æquum esse conueniri patrem supra quantitatem peculij: cum nec alia ratio sit conueniendi patris quàm quia is peculium filio concesserit, & alijs vt cum eo contraherent causam & materiam præbuerit. Limitata enim causa vt est in vulgari nostrorum brocardico non nisi limitatum producere effectum potest *vulg. l. in agris 16. infr. de acquir. rer. domin.* Iunge quæ scripsi ad *l. 1. supr.*

45. Pavlvs libro 61. ad Edictum.

IDeóque, si pater filio peculium ademisset, nihil minùs creditores cum filio agere possunt.

Ad l. Ideoque 45.

Rat. dvb. Nemini permittendum est vt facto suo citra solutionem aut aliam satisfactionem tollat suam obligationem *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verbor. oblig.* Cùm obligatio sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur etiam inuiti alicuius rei soluendæ gratia, *Institut. de obligat. & act.* Vnde est quod iudicium quoque redditur in inuitum non in volentem *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* Atqui pater ex contractu filiifamilias obligatur de peculio, vt dictum est in *lege prox. præced.* & ita tamen vt nec supra quantitatem peculij, nec nisi quandiu peculium durat teneatur. Non debet igitur esse in eius potestate vt adimat peculium, ne quidem bona fide, cùm in arbitrio debitoris nunquam esse debeat an sit debitor néc ne, *leg. 2. §. 1. supr. de eo quod cert. loc.* Maximè cùm sublata per ademptionem peculij actione de peculio, non magnum commodum sperare creditor possit ex alia actione quæ salua ei superest in solidum aduersus filiumfamilias, siue quod viuo patre nulla bona filiusfamilias regulariter habeat cùm acquirat omnia patri *leg. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill. substitut. leg. 1. si à parent. quis manum. sit*, siue quod etiam post mortem patris futurum sit vt non possit conueniri in solidum, sed in quantum duntaxat facere poterit, nisi heres extiterit patri vt proximè diximus ex *leg. si non dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss. leg. si ex alio 9. Cod. quod cum eo.*

Dec. Non facit dolo pater cùm iure suo vtitur, *leg. si duorum 52. infr. de action. empt.* Vtitur autem iure suo cùm peculium adimit, dummodò sine fraude id faciat, quandoquidem varias potest habere causas adimendi filio peculij citra fraudem *leg. 4. l. summa cum ratione 21. supr. leg. quia autem 6. §. si patronus in fin. de iureiur.* Nec ad rem pertinet quòd per eam ademptionem fiat vt creditores actionem suam de peculio amittant. Id enim fit per consequentias quæ in iure nostro attendi non solent si modò id quod principaliter fit iustè ac licitè fiat *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infrà de author. tutor.* Sed non faciet ademptio peculij quin salua supersit actio contra filiumfamilias, quia non de peculio illa actio est neque ex peculio pendet, sed ex contractu, ideóque datur in solidum: est enim actio principalis, cùm aduersus eum detur qui ipse contraxit, nec quia peculium habuerit, sed quia ipse contraxerit, quæ autem datur contra patrem non nisi accessoria est: qua proinde sublata per ademptionem peculij, non ideo sublata dici potest actio solidi contra filium, quomodo tamen è contrario si filius liberatus sit ab obligatione sua, patris quoque obligatio de peculio tollitur, tanquam accessoria ex regula *leg. cùm principalis 178. de reg. iur.* nisi cùm filiofamilias mortuo Prætor saluam retinet actionem de peculio intra annum *l. 1. infr. tit. prox.*

46. Idem

46. IDEM libro 60. ad Edictum.

QVi peculij administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod & specialiter permissurus est.

Ad l. Qui peculij 46.

RAT. DVB. qui totum vel omne dicit nihil excepit aut excludit *l. Iulianus respõdit 68. alias l. testatorem in prin. ip. de legat. 3.* & sibi debet imputare qui nimis generaliter locutus est nec excepit specialiter ea, quæ nolebat generali sermone contineri: sunt enim verba generalia tãto periculosiora quãto sunt generaliora, semperq; imputari potest ei qui legem apertiùs non dixerit, cùm posset, *l. veteribus 39. supr. de pactis. l. Labeo 21. infrà de contr. emption.* vbi dicitur ob hanc causam contra eum faciendam esse interpretationem. Ergo qui administrationem peculij siue filiofamilias siue seruo generaliter concedit generaliter permittere & concedere videtur omnia, non adhibita distinctione illa quid specialiter fuerit ipse concessurus vel non. DEC. Verba generalia non alia ratione vim habent operandi generaliter, quàm quia in genere species omnes continentur *l. semper specialia 147. de reg. iur.* Sicut & partes in toto *l. in toto 113. eod.* Ergo nec aliud videri potest in generali concessione administrationis contineri, quàm quod concedens fuerit specialiter concessurus: sunt enim verba omnia quantumlibet generalia ciuiliter intelligẽda, & ita vt neque absurdi neq; iniqui quicquam sequatur *l. si procurator 6. § Celsus ait supr. de condict. indeb. l. creditor 60. § vlt. infr. mandat.* Et quædam sunt quæ in sermone etiam generali tacitè excepta videri debent, vt Celsus eleganter scribit in *l. si cui simplicius 9. sup. de seruit.* Idq; per iustam interpretationem quam verba generalia faciliùs admittunt quàm specialia, quibus ideò vti melius est, ne quis dubitationi locus relinquatur *l. iam hoc iure 4. ad finem infr. de vulg. & pupill. substit.* Hinc dicimus in mandato generali non contineri vt mandatarius dolo malo aliquid faciat *d. §. Celsus ait & d. l. 60. §. vlt. mandat.* quia non sit verisimile mandatorem tale quid specialiter mandaturum fuisse, quod nec mandare sine crimine potuisset. Idémque generali obligatione rerum omnium quas quis habeat habiturúsque sit, non contineri ea quę verisimile sit specialiter quemquam obligaturum non fuisse, vt puta supellectilem, vestem, & alia huiusmodi quæ debitor in quotidiano vsu habet *leg. obligatione 6. infr. de pignor.* Semper. n. sumi debet interpretatio ex eo quod verisimile est, cũ vt Bald. solebat dicere, quicquid non est verisimile imaginem habeat falsitatis.

47. IDEM libro 4. ad Plautium.

QVotiens in taberna ita scriptum fuisset, *Cum Ianuario seruo meo geri negotium veto*: hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

Ad l. Quoties 47.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc locum quæ ad §. 1. *l. si quis seruum 29. supr.* Eadem enim vtriusque loci sententia est, nisi quod ibi Caius loquitur de prohibitione qualibet per dominum facta ne cum seruo contraheretur, hic verò Paulus de proscriptione ante tabernam facta prohibendæ seruo negotiationis gratia in hæc verba, *Cum Ianuario seruo meo geri negotium veto*, qua proscriptione ac veluti protestatione consecutus dominus videbatur, ne ex contractibus, quos posteà inire quis cum seruo vellet aut institoria aut de peculio actione conueniri pósset, quasi imputare sibi deberent qui contra voluntatem ac prohibitionem domini contraxissent *l. sed si pupillus 11. §. de quo palam & seqq. supr. de instit. act.* Sed contrà Paulo videtur & rectè proscriptionem illam prodesse quidem domino debere quantum ad institoriam actionem ne ea conueniri dominus possit, quandoquidem non alius ea teneri potest quàm qui tabernæ institorem præposuit: non potest autem videri præposuisse qui palam & publica ante tabernam ipsam proscriptione prohibuit, ne cum seruo contraheretur *d. §. de quo palam*, Sed quod ad actionem de peculio nil prodesse, quia non sit in potestate domini facere, ne ex serui peculium habentis contractibus teneatur de peculio nisi adimendo peculium bona fide, vt diximus ad *l. ideóque 45. supr.* Nemo enim iurisdictionis formam pro arbitrio suo mutare potest, vt diximus ad *d. §. 1. ex Papiniano in l. si filia 20. supr. famil. erciscun. l. ius publicum 38. de pact.* nec sibi cauere aduersus leges, aut edictum Prætoris *l. vltim. infr. de suis & legit.* Prætor institoriam actionem proposuit contra eos tantùm qui certæ negotiationi aliquem institorem præposuerunt, at de peculio actionem contra eós omnes qui peculium vel filiofamilias vel seruo concesserunt, & concessum non ademerunt, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, vt cum huiusmodi personis cõtrahere possit quisquis velit, cum quibus vtique contrahi perinde posset, etiamsi peculium nullum haberent: pater enim tenetur de peculio ex contractu filijfamilias ex contractu serui, ille quia pater, hic quia dominus est, non quia peculium concesserint, quamuis non teneantur nisi quatenus peculium patitur, ideóque nimirum actio de peculio tenet quoties agitur ex contractu filiifamilias vel serui, quamuis nihil sit in peculio eo tempore quo agitur, si modò aliquod peculium sit tempore rei iudicandæ *l. quæsitum 30. supr. hoc tit.*

1 ¶ Sabinus respondit, non aliàs dandam de peculio actionem in dominum, cùm seruus fideiussisset, nisi in rem domini, aut ob rem peculiarem fideiussisset.

Ad §. 1. Sabinus respondit.

RAT. DVB. Ex contractu serui tenetur dominus actione de peculio si modò rei iudicandæ tempore aliquid in peculio sit, vt proximè diximus. Ergo & cùm seruus fideiussit, licèt neque in rem domini, neque ob rem peculiarem fideiusserit dicendum est dominum de peculio teneri quomodo & pater ex filiifamilias fideiussione tenetur *l. 3. §. sed si filius supr.* Solet enim eadem ratio esse patris, quæ domini, & filiifamilias quæ serui in actione de peculio.

Dec. Obligatio domini de peculio ex contractu serui accessoria est ad obligationem serui, nec fieri potest vt obligetur dominus de peculio ex eo serui contractu qui non teneat: atqui seruus ex causa fideiussionis obligari nullomodo potest nisi in rem domini, aut ex causa peculiari *l. seruus inscio 19. & seq. infr. de fideiuss.* id est ne quidem naturaliter Ex quo enim alio contractu potest obsecro seruus ciuiliter obligari? *l. serui 14. infr. de oblig. & action.* An non verò satis est naturalem serui obligationem subesse ad inducendam contra dominum actionem de peculio *l. nec seruus 41. supr.* Cur autem seruus ex fideiussione obligari nullomodo possit extra supradictas duas causas, ratio non obscura illa est, quòd fideiussio non fit nisi per stipulationẽ *l. gracè 8. infr. de fideiuss. l. blãditus 12. C. eod.* Atqui seruus nõ est capax ineũdę stipulationis siue actiuè, siue passiuè, nisi ex sui domini persona *Instit. de stipul. seruor. in princ.* cũ sit incapax eorum omnium, quæ sunt iuris ciuilis *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Ergo non nisi ad domini vtilitatem ne alioqui quod dominorum fauore introductum est, in eorum odium retorqueatur contra *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* proinde non est permittendum seruo vt fideiubendo dominum obliget, quia nec seipsum obligare per stipulationem potest, nisi cùm aut in rem & vtilitatem domini id factum est, vnde est quod nec compromittere seruus potest, nec compromittendo dominum suum obligare de peculio *l. 3. §. si seruus & duob. seqq.* vbi diximus *supr.* Et in his duobus inter cætera differt filiusfamilias à seruo, vt ibidem scriptum est. Non enim similes sunt in omnibus, & per omnia, ne quidem in actione de peculio, vt Iustinianus præfatur initio *Tit. Instit. quod cum eo. Iunge l. nulla res 5. C. eod. ill. tit.*

2 ¶ Si semel actum sit de peculio: quamuis minùs inueniatur rei iudicandæ tempore in peculio, quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculij: hoc enim in pro socio actione locum habet: quia socius vniuersum debet.

Ad § 2. Si semel.

Rat. dvb. Is qui semel egit de peculio, non eo minùs de residuo debiti agere potest aucto postea quandocunque peculio *l. quæsitum 30. §. is qui semel supr.* nec enim potest actio de peculio exerceri aut competere, nec proinde consumi, nisi quatenus in peculio est tempore rei iudicandæ, vt ibidem diximus. Nec rursum videri æquum potest sola intentione agentis creditoris, ac non potiùs perceptione liberari eum qui tenetur de peculio *l. si ex duobus 32. supr.* Ergo si rei iudicandæ tempore minus inueniatur in peculio quàm debeatur, æquum est dominum aut patrem cauere saltem de futuro incremento peculij, vt scilicet si cõtingat augeri quandocunque peculium id quoque præstetur. Nec enim magnum damnum aut incommodum patris vel domini est in præstanda repromissione præsertim nuda, & quæ onus satisdationis adnexum non habeat *argum. l. in creditore 38. in fin. de euict.* Talis verò cautio est quam socius socio præstat cum actione pro socio cõdemnatur in minùs quàm debeat, quia minùs facere potest *l. verum est 63. §. item videndum infr. pro socio.* Item quam maritus pro dote vxori, quòd si ad meliorem fortunam peruenerit etiam id quod minùs persoluit vxori restituet *l. vnic. §. cùm autem C. de rei vxor. act.* vt ea cautio pro iusta præstatione sit, vt & in *l. in omnib. 41. supr. de iudic.* quomodo & de delegatione scriptum est à Papiniano in *l. quod debetur 51. in fin. infr. hoc tit.* Cùm enim possit augeri peculium, & sperandum sit ita fore (semper enim quantũ fieri potest de hominis cuiuslibet fortuna & facultatibus sperat ciuilis legislator *l. inter stipulantem 83. §. sacram de verb. oblig.*) debet Prætor id quoque prospicere quod potest euenire *arg. l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit infr. locat.* in eumq; casum etiam creditoribus, qui in damno interim morãtur, prouidere, quod tamen nec leuiore incommodo, nec melius facere possit, quàm iniuncto onere nudę cautionis. Dec. Iniquissimum est superuacua & indebita cautione quemquam onerari *l. hæc stipulatio 14. in fin. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Atqui pater vel dominus qui de peculio conuenitur, totumq; soluit, quod rei iudicandę tempore fuit in peculio, licèt minùs soluerit quàm debeatur creditori, totum soluit quod debet. Residuum enim non ab ipso debetur, sed à filiofamilias vel seruo: potest quidem fieri, vt plus aliquando fortasse debiturus sit, nimirum si contingat peculium augeri ex postfacto: sed verum tamen est nihil eum interim amplius debere ipso iure. Cur ergo pręsenti die cogatur cauere de eo quod in pręsenti nõ debet, quodq; nec fortassis vnquam sit debiturus? Alia ratio est socij, mariti, & aliarum huiusmodi personarum, quę ob reuerentiam aliquam iis debitam priuilegium habẽt, ne suprà quàm facere possint conueniantur. Non enim eo minus verum est vniuersum eos debere, id est suprà etiam quàm facere possint, licèt habeant exceptionem, ne interim ad solidi solutionem vrgeantur *l. Nesennius 41. §. vlt. iunct. l. sunt qui 16. & seqq. infr. de re iudic. §. vlt. Instit. de replicat.* Non ergo bona est hac parte comparatio actionis de peculio, & actionum pro socio & de dote. Nam per istas solidum persequimur quamuis non semper cõsequamur: per illam verò de peculio ne quidẽ persequimur, solidum, sed illud ipsum quod consequimur, id est quicquid in peculio inuenietur rei iudicandæ tempore: ac prætereà nihil *§. sunt præterea 36. Instit. de action.* Adde quod singulare illud ius est actionum bonæ fidei vt in iis ex causa cauendum aliquando, sit prius etiam quàm debeatur *d. l. in omnib.* Eiusmodi verò sũt actiones pro socio, & de dote, & aliæ nõ paucæ, quas Iustin. enumerat in *§. actionũ Instit. de action.* At de peculio actio non bonæ fidei, sed stricti iuris est, vt diximus ad *l. in bona fidei 36. supr.*

3 ¶ Si creditor serui ab emptore esset partem consecutus: competere in reliquum in venditorem vtile iudicium, Proculus ait. sed, re integra, non esse permittendum [a] actori, diuidere actionem. vt simul cum emptore, & cum venditore experiatur. satis enim esse, hoc solum ei tribuit, vt, rescisso superiore iudicio, in

cio, in alterum detur ei actio: cùm electo reo, minus esset consecutus. & hoc iure vtimur.

Ad §. si creditor 3.

RAT. DVB. Habet equidem creditor electionem an cum emptore velit agere, an cum venditore *l. si noxali 11. §. pen. supr.* Sed si alterutrum eligat ad alterũ redire non potest, etiamsi à priore conuento solidũ consecutus non sit, quia electione vnius alter ipso iure liberatur *l. si ex duobus 32. supr. l. quod in herede 9. §. eligere supr. de tribut. act.* Ergo si creditor serui ab emptore partem sit consecutus, neque directum, neque vtile iudicium competere potest de reliquo in venditorem.

DEC. Æquitas semper præferenda est stricto iuri *l. placuit 5. C. de iudic.* Etsi verò summum ius facit vt electo vno alius liberetur, æquitas tamen dictat vt non tam intentione agentis creditoris quàm perceptione liberari alium oporteat, cùm creditor qui cum seruo contraxit vniuersum eius peculium quasi proprium ipsius patrimonium intuitus sit, vt ex Iuliano & Vlpiano scriptum est in *d. l. si ex duobus, & in l. si creditor 37. §. pen. supr.* vbi diximus. Hoc autem iudicium posterius quod in venditorem datur creditori qui priùs egit de peculio contra emptorem, Proculus vtile vocat non directum, tanquam quod non nisi ex æquitate & vtilitatis gratia competat aduersus strictam iuris rationem, & quia nec aliter datur quàm si superius priúsque iudicium institutum contra emptorem rescissum sit, quasi agendum sit contra venditorem eo colore ac si nũquam cum emptore actum esset, quamuis deducendum sit ex posteriore iudicio quod actor ex priore consecutus est. Omnes enim rescissoriæ actiones dicuntur vtiles, quia nunquam rescissio fit nisi ex æquitate Prætoria *l. in honorariis 35. de oblig. & act. & tot. tit. supr. ex quib. caus. maior.*

a *Sed re integra non esse permittendum.* Sensus est, si antequàm creditor egerit de peculio in solidũ contra emptorem malit ille actionem diuidere, & pro æquis partibus emptorem & venditorem simul ac eodem tempore conuenire, non esse eum audiendum, nec ipsi permittendum vt cum emptore & vẽditore simul experiatur, ne quidem pro partibus.

RAT. DVB. Nihil interest emptoris neq; venditoris an singuli conueniantur ab initio de peculio pro partibus diuisa creditoris actione, cùm possit eorum vnusquisque eligi ac in solidum conueniri. Quænam enim sit iniuria ei qui in solidum conueniri potest, si pro parte conueniatur. Ideóque merito placuisse videtur prudentibus Iuliani sententia quam Vlpianus refert, & probat in *l. & ancillarũ 27. §. illud quoque supr.* & quæ extare videtur in *l. si creditor 37. §. seruum in fin. supr.* Alienato seruo permittendum esse actori non solùm eligere an cum emptore malit agere an cum venditore, sed etiam & cum venditore & cum emptore simul agere, diuisa nimirum in partes actione, quod tamen Paulus ex Proculo hîc negat.

DEC. Multæ fuerunt prudentum veterum circa actionem de peculio inter se dissensiones, vt dicemus ad *l. eo tempore 50. infr.* Inter cæteras verò hæc vna fuit, ni fallor, in qua dissenserunt Sabiniani à Proculianis, & consequenter à Proculo Iulianus qui Sabinianus fuit. Dissentiendi autem causam illud præbuit quod Sabiniani viderunt nihil interesse creditoris aut emptoris, an conueniantur singuli pro parte eodem tempore, cùm potuerint singuli separatim eligi & in solidum vnusquisque solus cõueniri. Annon enim commodius iis est actionẽ in partes diuidi, ne ab eo tẽpore alter pro altero exigatur? vt euenit in duob. correis debẽdi *l. si creditores 18. C. de pact. l. reos 23. C. de fideiussor. & mandat.* Creditoris verò interesse potest commodioris exactionis gratia vtrunque simul & vno eodémque iudicio conuenire vt à singulis partes consequatur, à quorum neutro solidum cõsequi se posse intelligeret. Quinimò interdum euenit vt qui duos in solidum obligatos habet etiam vno electo alium quoque conuenire possit, etiam pendente priore iudicio, vt accidit in debitore & mandatore *l. creditor 60. infr. mandat.* nempe quia hoc casu vnius electio alium non liberabat etiam iure vetere *l. vltim. C. de fideiuss.* Atque rationes istæ sunt, vt arbitror, quibus moueri Iulianus potuit, & quotquot Sabiniani eum secuti sunt. At ex contrario mouit Proculum & Paulum, licèt is quoque Sabinianus fuerit, quod ex sola æquitate contra iuris rationem iam inductum illud sit & indultum creditori, vt possit eligere cum quo malit agere, an cum emptore tanquàm nouo domino actione perpetua de peculio, an contra venditorem actione annua quæ singulari iure ac beneficio Prætoris comparata est, ne in damno morarentur, Itémque vt postquàm elegerit nec solidum tamen consequi potuerit ad alterum pro residuo redire possit: quamuis fuerit ille per electionem ipso iure liberatus, vt proximè diximus. Cur non igitur satis hoc ei esse debeat quod ei tribuitur vt rescisso superiore iudicio in alterum detur ei iudicium vtile? Aut cur nulla cogente necessitate patiamur priuilegia multiplicari vt ei licere debeat etiam re integra actionem diuidere & cum vtroque simul eodem tempore experiri? Mihi tamen si inter tantos viros iudicium interponere quis audeat Iuliani sententia probabilior videtur. Non ob id solùm quod durum videatur denegari creditori quod ipsi commodius, emptori verò & venditori si non vtilius saltem sine dispendio futurum sit vt pro partibus ambo præstent quod à singulis solidum peti posset, si ratio & quantitas peculij pateretur, sed etiam quia negari non potest quin valde incommodum sit creditori duobus diuersis iudiciis, & diuersis temporibus experiri ad consequendum debitum quod diuisâ actione consequi solidum ab initio & vno iudicio potuisset. Itaque non possum satis mirari quod Paulus post relatam Proculi sententiam hoc iure nos vti ait. Cùm Iuliani sententia ab aliis prudentibus frequentiùs recepta &, creditoribus & emptori ac venditori longè commodior & vtilior esse videatur. Quis enim nescit interesse non modò litigantium, sed etiam reipublicæ vt litium & iudiciorum numerus minuatur nec duobus iudiciis fiat quod vno fieri posset? *l. quidem 21. supr. de reb. credit. l. 1. C. de administ. tutor. l. 3. C. de fructib. & lit. expens. l. minoribus 6. supr. de minor.* Hanc verò rationem quæ & iuris & æquitatis est non diluit ratio Proculi. Sic miratur Caius in *l. liberum 9. supr. de religios.* quare constare videatur, actionem de qua ibi tractatur, neque heredi, neque in heredem dari; cùm tamen meram rei persecutionem contineat: præualuit tamen in praxi sententia Proculi, si Paulo credimus. Id enim est quòd ille ait hoc iure nos vti.

4 ¶ Non tantùm autem quiuis creditor cum venditore ex antè gesto agere potest, sed & ipse emptor, ídque & Iuliano videtur, quamuis & deducere ipse potest aduersus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet.

Ad § 4. *Non tantùm autem.*

RAT. DVB. Emptor serui cuius nomine competit actio de peculio, tenetur ipse de creditoribus, tanquam nouus dominus, & quidem actione perpetua, cùm tamen venditor non teneatur nisi annali & priuilegiaria ex edicto Prætoris, de quo in *l. 1. infr. tit. prox.* ergo non magis permittendum est emptori, vt agat de peculio contra venditorem, intra annum, quàm venditori vt agat contra emptorem, quod ei vtique non licet *l. & ancillarum 27. §. sed ipsi qui vendiderit & seq. supr.* & quemadmodum is qui vindicat eam rem de cuius euictione tenetur doli mali exceptione repellitur ratione illa quod ipse de euictione teneatur *l. vindicãtem 17. l. Seia 72. de euict.* ita & eâdem doli exceptione summouẽdus videtur emptor qui de peculio agit contra venditorem tanquam creditor cùm ab aliis creditoribus possit ipse eadem de peculio actione conueniri, quasi contra seipsum agere primùm debeat, & ex peculio quod apud eũ seruus habet soluere, antequam vẽditorem inquietet: nulla enim ratio est, vt non sit deterioris conditionis hic creditor qui cæteris creditoribus de peculio tenetur, quàm cæteri creditores qui de peculio agere tantùm, non etiam conueniri possunt.

DEC. In venditorem serui datur ex edicto Prætoris actio de peculio intra annum creditoribus omnibus peculiaribus quibus ante venditionem tenebatur *d. l. & ancillarum 27. §. in venditorem supr. & tot. tit. prox. infr.* atquìn is qui emit seruum fuerat ante vẽditionem ex creditoribus, neque per emptionem desiuit esse creditor: ergo aliorum creditorũ exemplo saluam retinet contra venditorem suam de peculio actionem: nec par ratio est venditoris volentis similiter agere de peculio contra eum ipsum cui vẽdidit, cùm debeat sibi imputare cur non sibi priùs soluerit, aut seruum vendiderit ea lege, vt sibi debitum ab emptore solueretur, vt diximus ad *d. §. sed si ipse vendiderit*, nec quod emptor hic quoque cæteris creditoribus teneatur, ad rem facit: sufficit enim ad excludendam doli exceptionem, vt non possit emptor à venditore ipso conueniri: nam si dolo non facit qui ab aliquo id petit quod redditurus sit alteri *l. si socer 44. §. Lucius infr. solut. matr.* quantò minùs dolo faciet emptor qui petit à venditore, id quod nec ipsi vẽditori nec alij vlli ex creditorib. reddituꝰ sit, licèt cæteris creditoribus de peculio sit obligatus? Planè quæ ratio emptorẽ obligat vt aliis creditorib. peculiariis respondere teneatur, eadẽ facit vt sibi quoque primùm soluere debeat ex peculio quod habet si ab iis conueniatur, deducendo quidem id quod sibi debetur aduersus alium quemlibet agentem, sed ita tamen vt prius computet in deductione illa peculiũ quod apud se habet: sic enim locus hic intelligi debet, non ita vt agens emptor de peculio contra venditorem computare priùs debeat quod apud se habet, ex peculio serui, nec nisi de residuo agere possit contra venditorem: ita enim fieret vt contra se priùs agere videretur, atque ita sibi adimere electionem quam habent creditores cęteri an agere malint cum venditore, quàm cum emptore *l. si noxali 11. §. pe. supr.* itaque postrema illa verba huius §. *dum tamen id quod apud se habet, computet,* referenda sunt & restringenda ad proximam illam præcedentem clausulam, *quamuis & deducere ipse potest aduersus alium agentem,* non ad primam huius §. sententiam, quæ est de danda emptori actione de peculio aduersus venditorem: benè autem Paulus, posse quemuis creditorem ex antegesto agere contra venditorem, id est, ex eo quod ante venditorem gestum fuit, quia de contractibus à seruo vendito post venditionem factis nulla ratio est vt venditor quoque teneatur, sed solus emptor, tanquam nouus, & solus dominus.

5 ¶ Si seruus, deducto peculio, venditus sit: procedit, vt venditor & deductione vti possit. &; si post venditionem cœperit aliquid venditori seruus debere, non minuit peculia: quia non domino debet.

Ad §. 5. *Si seruus.*

RAT. DVB. Cùm dominus seruum suum deducto peculio vendidit, atque ita obstrinxit se creditoribus peculiariis, vt ab iis de peculio adhuc intra annum conueniri possit [hic enim casus est in quo Prætor annalem actionem induxit contra venditorem, de qua in *l. 1. infr. tit. prox.* non etiam si seruus cũ peculio venditus sit *l. si noxali 11. §. vlt. supr.*] id egit proculdubio vt conuentus à creditoribus peculiaribus deducere posset ex peculio quicquid sibi deberetur: cùm id quod debetur domino, ne quidem in peculio esse intelligatur *l. sed si damnum 9. §. prætereà supr.* ergo etiamsi post venditionem aliquam pecuniam huic seruo crediderit, id quoque poterit deducere ex peculio quod adhuc penes se habet, eiusdem vt videtur conuentionis potestate qua peculium ipsum sibi excepit. Fieri enim potest vt facilior fuerit ad credendam seruo pecuniam ob id quòd existimauerit quandiu penes se peculium haberet, tamdiu quoque habiturum se vnde pecuniam sibi debitam retinere posset, ac sibi soluere.

DEC. Ea demùm pecunia in actione de peculio deducitur quæ domino debetur *l. 5. §. vlt. l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. l. sed si duo 15. in fin.* atqui pecunia post venditionem seruo vendito per venditorem credita nunquam debita fuit domino, quia vẽditor eo crediti tempore iam dominus esse desierat: non ergo potest deducere quod post venditionem credidit, nec tale creditum minuere peculium potuit. Idque nimirum est quod Africanus ait in *l. deposui 38. §. vltim. supr.* onus eius peculij quod apud venditorem remansit ad posterioris temporis contractus non pertinere.

6 ¶ Quæ

6 ¶ Quæ diximus in emptore, & venditore, eadem sunt, & si alio quouis genere, dominium mutatum sit: vt legato, dotis datione, quia, quasi patrimonium liberi hominis, peculium serui intelligitur, vbicunque esset.

Ad §. vlt. Quæ diximus.

RAT. DVB. In plerisque iuris partibus longè alia ratio est hominis venditi, alia legati, alia denique in dotem dati: qui enim venditur, is propriè alienatur à venditore, qui verò legatur, potiùs à lege alienatur quàm ab homine: lex enim illa est quæ facit vt res legata scilicet per vindicationem, tam citò fit legatarij quàm heredis res singulæ *l. legatum* 80. *de legat.* 2. qui autem datus est in dotem, licèt in mariti dominium transierit, adhuc tamen aliquo modo est vxoris propter spem restitutionis in casum soluti quandocunque & quomodocunque matrimonij *l. quamuis* 75. *infr. de iur. dot. l. in rebus C. eod.* non ergo quæcunque in superioribus dictæ sunt de emptore & venditore, tam facilè trahendæ sunt ad legatarium aut ad maritum, cui seruus in dotem datus est.

DEC. Prætor in edicto de quo *infr. tit. prox.* locutus est de seruo alienato: alienationis verò nomen latiùs patet quàm venditionis & emptionis, tametsi lex 12. tabul. aliquando emptionis nomine complexa sit omnem alienationem, vt Pomponius refert in *l. statuliberi à cæteris* 29. *ad fin. infr. de statulib.* alienationem enim cùm diximus omnem actum significamus per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal. l. si fundum* 16. *inf. eod. ill. tit. l. alienationis* 28. *de verb. signific.* atqui dominium transfertur per legatum nō minùs quàm per venditionem à domino factam *d. l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *ad fin. de furt.* imò tantò magis quod ex causa venditionis traditio omnimodo requiritur ad dominium transferendum, itemq; vt precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi* 19. *de contr. empt. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* in legato autem nulla traditio requiritur, quia sufficit sola authoritas legis *l. 1. & 2. supr. de Public. in rem act.* lex enim vnus est ex modis trāsferendi dominij iure Quiritium non minùs quàm traditio, vt Vlp. scribit in *Fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* ex causa verò dotis æquè dominium transfertur in maritum saltem bonitarium *d. l. quamuis*, quia dos datur eo voto, vt perpetuo remaneat penes maritum propter liberos qui ex matrimonio sperantur *l. 1. eod. titu. de iur. dot.* nihil ergo interest an ex his aliisve huiusmodi causis, an ex venditione mutatum sit dominiū, quoties quæritur de peculio, & de actione annali contra eum danda, qui dominus anteà fuit *l. 1. §. in alienatione & seq. infr. titul. prox.* vbi additur idem esse in seruo quoq; donato & permutato, quia ex his etiam causis cùm donatio per traditionem fit dominium in donatarium, & in permutantem transferri nemo ambigit *l. traditio* 20. *iunct. l. numquam nuda* 31. *infr. de acqu. rer. domin. l. 1. & pass. de donat. l. 1. de rer. permut.* ideò autem his omnib. idem iuris est quantum ad annalem actionem de peculio, quæ in alienatorem intra annum datur, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium esse intelligitur vbicunque sit, vt Paulus hic scribit, & nos iam sæpiùs monuimus ex *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *in fine princ. supr.*

48. IDEM libro 17. ad Plautium.

Libera peculij administratio non permanet neque in fugitiuo, neque in subrepto, neque in eo, de quo nesciat quis, viuat, an mortuus sit.

Ad l. Libera 48.

RAT. DVB. Licèt fieri nequeat, vt prudens paterfamilias liberam det peculij administrationem seruo fugitiuo, aut quē aliquis subripuerit, aut de quo nesciat ille an viuus sit an mortuus, non tamen bona consecutiō est, vt libera peculij administratio semel concessa cēseri debeat reuocata ob hoc solùm quod ex supradictis tale quid superuenerit, præsertim cùm liberam peculij administrationem nemo habeat nisi cui ea specialiter concessa est *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *supr.* Quæ verò specialiter concessa sunt ea tantò difficiliùs adimi possint, & specialem quoque reuocationem exigant, vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est, ex *vulg. regula, l. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de solut.* quò etiam referri potest tritum illud nostrorum brocardicū, multa facta tenere quæ fieri prohibentur ex *l. patre furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* nam etsi quis ante furorem peculium, & liberam quoque si voles eius administrationem seruo concesserit, non ideò quod in furorem posteà inciderit reuocata concessio esse intelligitur *d. l. quā Tuberonis* §. 1. vbi diximus, imputari siquidem domino potest cur his casib. peculium, liberámque eius administrationem non ademerit: quod enim non mutatur, cur stare prohibeatur? inquit *l. sancimus* 27. *C. de testam.*

DEC. In concessione, promissione, ac dispositione ferè qualibet subintelligitur semper clausula *reb. sic stantibus*, ne alioqui facilè in captionem incidant, qui contraxerunt *l. cùm quis* 38. *in princ. l. si cùm Cornelius* 82. *ad fin. infr. de solut.* Generale enim est, vt quæ de nouo emergunt, semper nouo indigeant auxilio *l. de ætate* 11. §. *ex causa supr. de interrog. in iur. faciend.* Longéque aliud est si in furorem incidat is qui peculium, aut liberam peculij administrationem concessit: aliud verò si is cui concessio facta est, priore casu nulla causa est reuocādæ concessionis quæ ab initio benè facta tamdiu durare debet, quamdiu reuocata non est ab eo qui eius reuocandæ ius habeat, *d. l. quā Tuberonis* §. 1. posteriore verò secus est ob nouum & inopinatum casum, de quo concessionis tempore cogitatum videri non potest, neque cogitari probabiliter potuit: quis enim tam stultus sit, vt furioso seruo liberam peculij administrationem fuerit concessurus? aut fugitiuo qui sicut sui ipsius furtum facit domino quantum potest *l. 1. C. de seruis fugit.* cæterarū quoque rerum domini possessionem interuerteret si posset *l. rem quæ nobis* 15. *in fin. de acquir. poss.* aut seruo subrepto, qui iam in alterius quodammodo potestate & arbitrio sit, aut ei denique de quo nesciatur an viuus sit, an mortuus? nec est quod quis imputet domino, cur seruo quem in eiusmodi statu esse sciuit, peculium non ademerit nedum liberam peculij ad-

ministrationem. Fieri namque facilè potest, vt seruo fortassis in prouincia longè agente tale quid ei accidat quod non nisi post longum tempus dominus resciat: quo toto medio tempore multa facere ac struere seruus posset in necem & perniciem domini, si non ipso iure reuocatio illa facta intelligeretur à quo tempore, seruus aut furere aut fugitiuus vel subreptus esse cœpisset aut incertum esse an viueret, néene. Benè igitur Paulus ait liberam peculij administrationem in huiusmodi seruo non permanere, quamuis peculium ipsum non idcirco ademptum videatur: nō enim peculij, sed administrationis, præsertim liberæ concessio illa est quæ irrogare domino damnum potest. Quod eò pertinet, vt si idem hic seruus deposita fortasse nequitia seruilis ingenij ad meliores mores redierit ac in domini potestatē aut si de furis qui eum subripuerat manu euaserit, hoc ipso liberam peculij administrationem quam contrario facto amiserat, recuperet, nec noua indigeat concessione, non magis quàm in specie *d. l. quam Tuberonis* §.1. idémque multò magis iuris est, si dominus seruum quem mortuum audierat viuum esse rescierit: ideò autem liberæ administrationis reuocatio hęc tacita non tantùm vtilis, sed etiam necessaria est, quia is qui habet liberam peculij administrationem siue filiusfamilias siue seruus sit, multa facere potest quæ non posset si non haberet, quale illud est inter cætera, vt etiam alienare possit *l. si conuenerit* 18. §. *vlt. & l. seq. supr. de pignor. act.* sic & in procuratore distinguimus etiam qui totorum bonorum procurator sit, an liberam habeat bonorum administrationem, néene, vt sciamus an plus minúsve mandato contineatur *l. procurator cui* 58. *& seqq. l. procurator totorum* 63. vbi diximus *supr. de procurat.*

1 ¶ Cui peculij administratio data est, delegare debitorem suum potest.

Ad §.1. Cui peculij.

RAT. DVB. Qui in nostra potestate sunt solutionem quidem nostro nomine accipere interdū possunt, sed nouare obligationem non possunt, *l. non ideò* 25. *infr. de nouat.* atqui omnis delegatio nouatio est, & species nouationis præcipua siue per stipulationem fiat, siue per contestationem litis, cum delegare nihil aliud sit quàm vice sua reum alium constituere *l. delegare* 11. *& pass. eod. tit. l. vlt. C. eod.* ergo delegare debitorem seruus non potest nec si peculij administrationem habeat sicuti nec donare *l. contra* 28. §. *vlt. supr. de pact.* DEC. Is cui peculij administratio præsertim libera permissa est siue filiusfamilias sit, siue seruus omnia facere potest, quæ facere posset ille ipse qui peculij administrationē concessit, nisi quod non habet ius donandi, quia donare perdere est *d. l. contra* §. *vlt. l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat.* habet ergo etiam ius nouandi, sed peculiaria debita duntaxat nō alia, maximè si etiam meliorem suam conditionem faciant, quanquam nec aliud est, etiamsi qua in re circa peculium faciant deteriorem, dummodo citra fraudem quæ ab omni mādato & concessione semper exclusa esse intelligitur *l. creditor* 60. §. *vltim. infr. mandat.* indistinctè enim & generaliter vera hęc prępositio est, si ipsi stipulati sint: nam si alium iubeant stipulari adhibenda distinctio est an animo donandi id fecerint, an vt ipsi filio vel seruo negotium gereretur, quo casu etiam actio mandati peculio acquiritur, vt eleganter Caius tractat in *l. vltim. de nouat.* multò igitur magis permittetur ei cui libera peculij administratio concessa est delegare debitorem, cùm delegatio solutionis vim obtineat, *l. quamuis*, 8. §. *interdum infr. ad SC. Velleian.* Nemo autem ambigat quin generali mandato cum administratione libera contineatur mandatum soluendi creditoribus, *l. sed & id quoque* 59. *supr. de procur.* Cùm verò is qui reum delegat hoc ipso alienet & amittat debitorem, §. *præterea Inst. quibus mod. tollit. oblig.* intelligimus locum hunc intelligendum esse, non de quolibet habente administrationem peculij, sed de eo tantùm qui liberam habeat, de quo Paulus initio huius legis: nam nec alius potest alienare res peculiares quā cui libera peculij administratio concessa est *l. si conuenerit* 18. §. *vlt. & l. seq. supr. de pignor. act.* Eodémque modo accipienda mihi videtur, *l. vlt. de nouat.* & quotquot alię loquuntur de peculij administratione specialiter concessa: vix enim est, vt specialiter concedatur, quin libera concedatur.

49. POMPONIVS libro 4. ad Quintum Mucium.

NOn solùm id peculium est, quod dominus seruo concessit: verùm id quoque, quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen, si resciset, passurus erat esse in peculio.

Ad l. Non solum 49.

RAT. DVB. Peculium pendet ex domini constitutione & constituentis voluntate *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *supr.* & id demùm peculij est quod dominus ipse separauerit, suam à serui ratione discernens *l. 4. eod.* ergo speciali & expressa domini voluntate opus est, vt aliquid fiat peculij, nec tacita quæ ex sola patientia inducitur, potest sufficere. DEC. Multùm interest an de constituendo peculio agatur, an de augendo, constitui quidem & incipere non potest si ne expressa domini voluntate quæ scientiam comitem semper habet, sed augeri facilè potest etiam domino ignorante, non solùm, quia sui natura accessiones & decessiones recipit *l. si ex duobus* 32. §. 1. *& l. peculium nascitur* 40. *supr.* sed etiam, quia tale quid possit acquiri à filiofamilias, vel à seruo, quod pater aut dominus si resciuisset, passurus fuisset esse in peculio, quod ex natura & qualitate tā rei acquisitæ quàm filijfamilias aut serui peculium habentis dignosci facilè potest, & sanè voluntates ac concessiones omnes, præsertim quę sunt fauorabiles & publicè priuatímque vtiles, qualis est cōcessio peculij, adiuuandæ sunt fauorabili interpretatione ex eo ꝙ verisimile est concedentem voluisse, aut voliturum fuisse, si præuidisset id quod accidit, aut post euentū resciuisset, vel ob id maximè, vt hoc ipso inuitentur, & filijfamilias & serui ad acquirendū etiam ignorātibus parentib. aut dominis, peculij sui locupletandi gratia ꝙ ipsi quoq;, quasi proprium patrimoniū suū intueantur: nec nouum est, vt tacitæ voluntatis eadē ratio sit quæ expressæ *l. 3. supr. de reb. credit.* & vt scientia cum patientia vim habeat tacitæ conuentionis *l. qui patitur* 18. *inf. mandat.* sed non videtur passus qui ignorauit, aut qui etiamsi videat & sciat, tamen pro ignorante habetur, vt pupillus *l. in eo* 110. §. *pupillus de reg. iur. l. 1. C. de fals. monet. Iunge d. l. quam Tuberonis* 7. §. *scire autem*, & quæ ibi scripsimus *supr. hoc tit.*

Ad §.

1 ¶ Si ignorante me, seruus meus negotia mea administrauerit: tantidem debitor mihi intelligetur, quanti tenebitur, si liber negotia mea administrasset.

Ad §. 1. Si ignorante me.

RAT. DVB. Negotiorũ gestio nõ obligat iure Prętorio, nisi vt qui aliena negotia ignorante domino gessit, & agere & conueniri possit actione negotiorũ gestorũ, quæ ob id tãtũ à Prætore cõparata est *l. 1. & 2. & pass. sup. de negot. gest.* Atqui nihil tale tractari potest qui nec actione negotiorum gestorum, nec alia vlla vel agere vel conueniri potest *l. seruus. 6. C. de iudic. l. cum seruo 107. de regul. iur.* Ergo si me ignorante seruus meus negotia mea administrauerit, non ideo tamen debitor meus intelligi poterit, vt tanti teneatur quanti teneretur si liber administrasset: & ad quid prodesset dicere teneri cũ negotiorũ gestorũ actio neque ei neque contra eum competere possit? vt diximus: neque verò aliud remedium videtur superesse domino cuius negotia seruus malè administrauit nisi vt eum dominus conueniat domi, quomodo loquitur *l. vlt. C. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* Nam nec si seruus hic manumissus fuerit, ex antegesto tamen poterit vnquã conueniri *l. cum actum 17. supr. de negot. gest. l. 1. & tot. ill. tit. An seruus pro suo fact.* DEC. Aliud est negotiorum gestio, & quæ ex ea gestione nascitur obligatio, aliud verò negotiorum gestorum actio. Negotiorum gestorum actionem induxit Prætor, at non etiam negotiorum gestorum obligationem quæ ex ipsa gestione nascitur, quæ tota facti est & ex qua non dubitatur, quin & naturalis obligatio nascatur solo facto & solà gestione, itémque post edictum Prętoris, etiã honoraria: proinde si seru⁹ meus ignorante me negotia mea malè gesserit, obligatur mihi naturaliter, quàuis non iure honorario quia nõ minus prętorio quã ciuili iure serui pro nullis cõputãtur *l. qui testamẽto 20. §. seruus inf. qui testam. facer. poss.* sed iure naturali nulla inter eos & liberos homines differentia est *d. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Et vt debitor seruus domino, vel dominus seruo intelligatur computandum est ex causa ciuili, vt subiicitur in §. *seq.* Vbi causam ciuilẽ generaliùs eam intellige quæ comprehendat etiam honorariam, quomodo iuris ciuilis generaliter sumpti appellatione etiã ius Prętorium continetur *§. constat autem Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Iure autem honorario liber homo qui negotia mea ignorante me malè gessisset, vtique obligaretur mihi, & actione negotiorum gestorum teneretur quanti ob malam gestionem mea interesset *d. l. 1. 2. & pass. de negot. gest. l. si quis absentis 5. de oblig. & act.* Ergo & tantidẽ seruus meus debitor mihi esse intelligetur, nec inutilis hic tractatus est, quamuis seruus qui negotia mea gessit, neq; agere possit, neque conueniri: proderit enim si seruus hic peculium habebit vt sciatur quid & quãtum deducere dominus ex peculio debeat tanquã creditor cũ de peculio conuenietur, & quid peculio imputare si ex vtili gestione serui debitor fuerit ipse constitutus secundũ ea quę diximus ad *l. quã Tuberonis 7. §. sed & id quod & ad l. sed si damnum 9. §. peculium & seq. & alibi sæpe supr.* Et ita hic §. iuxta tituli huius tractatum intelligi debet.

2 ¶ Vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur: ex causa ciuili computandum est. ideóque si dominus in rationes suas referat, se debere seruo suo, cùm omnino neque mutuum acceperit, neque vlla causa præcesserit debendi: nuda ratio non facit eum debitorem.

Ad §. vlt. Vt debitor.

RAT. DVB. Nec seruus quicquã debere potest nec ei à domino deberi, sed cùm eo verbo abutimur factum magis demonstramus quàm ad ius ciuile referimus obligationem *l. nec seruus 41. supr. hoc tit.* Ergo vt debitor seruus domino, vel dominus seruo esse intelligatur ex causa ciuili computari non potest. Quid enim habet commune ius ciuile cum naturali obligatione, quæ ex solo iure gẽtiũ æstimatur? *l. cũ amplius 184. §. is natura debet de regul. iur.* DEC. Naturalis obligatio ex facto quidem æstimanda est, sed nõ ex facto quolibet, at ex eo dũtaxat quod causam aliquam habeat iustã & ciuilem, id est eiusmodi quę inter personas capaces obligationis ciuilis inuicem contrahendę posset ciuilem quoque obligationem inducere: hic enim huius propositionis sensus est, vt exemplum quod subiicitur, demõstrat, Nam si dominus in rationes suas referat debere se seruo suo decem, cùm tamen omnino neque mutuum acceperit, neque vlla alia debendi causa pręcesserit ex qua ciuiliter alij obligari posset, nuda ratio non faciet dominum debitorem ne quidem naturaliter, quia nec erga alium faceret eum debitorem ciuiliter *l. nuda ratio 26. infr. de donat. l. si peculium 6. §. pen. Ante finem infr. de pecul. legat.* sic dicimus nihil tam naturale esse quàm voluntatem domini res suas in alium transferre volentis ratã haberi. *l. qua ratione 9. § hæ quoque res de acquir. rer. domin.* quia traditio modus est non tãtũ iuris Quiritium, sed etiã iuris gentium ad transferendum dominium. *l. in rem 23 supr. de rei vindic. Iunct. §. per traditionem Instit. de rer. diuis.* Et tamen nudam traditionem non transferre dominium ne quidem iuris gentium, nisi præcedat causa iusta, & quæ sit habilis ad dominiũ transferẽdũ *l. numquam nuda traditio 31. de acquir. rer. domin.* Ex quo intelligimus quantopere soleant nostri errare interpretes, qui tam multis casibus adeò faciles sunt ad inducẽdam obligationem naturalem ex ea causa ex qua numquam ciuilis induceretur, vtputa ex testamento minus solemni de quo diximus ad *l. 1. & ad l. fideicõmissum 62. supr. de condict. indeb.* Etsi enim non negamus longè facilius induci naturalem obligationem quàm ciuilem, vt in ipsa quoque huius §. specie apparet: causam tamen aliquam subesse semper necesse est, quæ saltem aliquo casu & inter aliquas personas posset sufficere, vt ciuilis quoque obligatio induceretur: sunt enim modi quidam contrahendæ obligationis etiam naturalis perinde ac ciuilis, inter quos nuda hominis voluntas non est, vt hic locus omnium optimè probat quantum ad obligationem naturalem. Nec quod dominus nuda etiam voluntate liberare seruum suum potest à naturali obligatione & peculium ei adimere *l. 4. §. 1. l. non statim 8. & d. l. quã Tuberonis § sed & id quod supr.* *facere debet*, vt nuda etiam voluntate possit se facere serui sui debitorem: hoc enim difficilius est, vt pluribus docuimus ad *d. l. 4. §. 1. supr. hoc tit.*

50. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

EO tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem, eius rei seruandæ causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui, si iudicium acciperet, absolui deberet. nec ad rem pertinet, quod fieri potest, vt damnatio sequatur. nam & si in diem vel sub conditione debeatur: fraudationis causa non videtur latitare: tametsi potest iudicis iniuria condemnari. Sed fideiussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Iulianus, quoniam fideiussor futuræ quoque actionis accipi possit: si tamen sic acceptus est.

Ad l. Eo tempore 50.

RATIO DVB. In possessionem bonorum debitoris rei seruandæ causa mitti solet creditor quoties debitor latitat, si modò constet ita esse illum debitorem vt actione aliqua possit conueniri, & fraudationis causa latitare ne vocari in ius possit *l. Fulcinius 6. §. 1. & seq. & § si in diem infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nam cùm omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscatur quæ est de in ius vocando *§. omnium Instit. de pœn. temer. litig.* certum est fieri non posse vt actione vlla conueniatur qui per absentiam & latitationem suam facit ne prehendi, & in ius vocari & obtorto collo, vt Plautus dicebat, rapi possit. Fiebat enim vocatio per prehensionem, vt sæpiùs docuimus, præsertim ad *tit. de in ius vocand.* Atqui pater ex contractu filij conueniri potest de peculio, non solùm si quid in peculio sit, sed etiam si nihil sit tempore litis contestatæ. Non enim ob id minùs tenet actio de peculio, adeò vt ex ea sequi possit condemnatio; si modò tempore rei iudicandæ in peculio aliquid inueniatur *l. quæsitum 30. supr. hoc tit. l. cùm fideiubeat 35. infr. de fideiuss.* Ergo & hoc casu si pater latitet quamuis ante institutam actionem (nemo enim accepto iam iudicio & dictata actione latitare potest) mittendus est creditor in possessionem bonorum patris, perinde ac si iam eo tempore aliquid in peculio esset. Eóque iure nos vti Vlpianus ait in *d. l. Fulcinius §. si quis actione quib. ex caus. in poss. eat.*

DEC. Non fit missio in possessionem, nisi hæc tria concurrant, vt verus sit debitor qui latitat *d. §. si in diem*, vt verè latitet, & vt in fraudem creditorum latitet, in fraudem, inquam, non consilio tantùm, & proposito, sed reuera *d. l. Fulcinius §. 1. & seq.* Atqui pater qui ex contractu filij debitor est actione de peculio, quamuis verè debitor sit & verè latitet, illo etiam tempore quo nihil penitus est in peculio, ita vt conueniri possit actione de peculio, & si conuentus esset actio vtique teneret, fieri tamen non potest vt eo tempore creditores suos fraudet, contra quos si iudicium acciperet absolui omnimodo deberet: actio enim illa de peculio, licèt interim teneat ipso iure, vt diximus, inutilis tamen & inefficax est quandiu nihil est in peculio *l. seruus tuus 20. supr. de dolo l. depositi 38. in princip. supr.* Adeò vt nec onerandus sit dominus cautione vlla pro futuro incremento peculij, quod potest accidere, quia verum est interim nihil eum debere *l. quoties 47. §. vltim. supr.* vbi diximus: ergo nec interim mittendus est creditor in bonorum possessionem patris tanquam in creditorum fraudem latitantis. Atque ita Papinianus hîc concludit ad cuius rationem planè non video quid ab Vlpiano responderi possit: in hac enim quæstione dissensisse Vlpianum à Papiniano non dubito, & Vlpiani tamen sententiam compositoribus magis placuisse, siue Vlpiani, siue Compositorum esse velis, quod scriptum est in *d. §. si quis actione*, hoc iure nos vti, vt creditor in possessionem bonorum patris mitti possit. Vlpianus nihil aliud inspiciendum putauit, nisi an pater conueniri possit latitationis tempore, & an si tùm conuentus esset actio de peculio teneret vt constat ex verbis *dicti § si quis actione iunct. præced. §. si in diem.* At Papinianus multò subtiliùs, ni fallor, id maximè intuendum putat, an actio illa de peculio quam fatetur tenere, talis sit, vt ex ea posset sequi condemnatio inspecto tempore latitationis, quia non possit quis videri latitare eo tempore quo si iudicium acciperet absolui deberet. Vlpianus actionem hanc de peculio quæ iam competit, & impetrata teneret, habet pro actione præsenti ac proinde quæ debitum aliquod præsupponat quia tenet, Papinianus verò eam respicit tanquam futuram, quia hodie inutilis, & efficax esset, quia secundum præsentem statum peculij nulla potest ex ea sequi condemnatio, vt ex sequentibus illis Papiniani verbis apparet, *quoniam fideiussor futuræ quoque actionis accipi possit.* Denique Vlpianus intuetur id quod esse potest, & accidere, Papinianus verò id tantùm quod est, non quasi rationem illam Vlpiani non viderit, vt suspicari audet Cuiacius, existimans non aliud responsurum fuisse Papinianum, quàm Vlpianum, si quis ei rationem Vlpiani obiecisset (quod ferre certè non possunt qui video ea ratione Papinianum summæ imperitiæ vel saltem inertiæ reum fieri, ne addam, improbitatis si aut obiectionem Vlpiani non vidit aut si vidit attamen contra eam obiectionem responderit quam nulla subtilitate vel arte diluere potuerit), sed quia vidit & credidit malam, nulliusq; momenti rationem esse. Quid enim aliud, obsecro, sibi voluit cùm ita scripsit *nec ad rem pertinet quod fieri potest vt damnatio sequatur?* An non illud ipsum est quod ait Vlpianus pluribus verbis, Fieri posse vt ex huiusmodi actione proposita eo tempore quo nihil est in peculio possit sequi condemnatio, non iniuria iudicis, vt malè addit Cuiacius, de quo nec Papinianus iudicauit, sed iusta condemnatione tempore aliquid in peculio esse reperiatur. Nam neque Papinianus negat, quod ex Proculi primùm & Pegasi sententia tandem à cæteris quoque prudentibus receptum fuit, vt in actione de peculio si quæratur an aliquod sit peculium, aut quantum sit in peculio rei iudicandæ tempus inspici oporteat *d. l. quæsitum 30. in princip. supr.* cùm in cæteris quoque actionibus ferè omnibus idem obtineat, vt diximus, ferè omnibus idem obtineat, vt

diximus

diximus ad illam legem. Sed negat hoc sufficere vt mutato rerum statu, & adueniente aliquo peculio possit sequi aliqua iusta condemnatio si præsens status talis sit vt non possit videri pater in fraudem creditorum latitare, quod contingit, quoties si eo tempore iudicium acciperet absolui omni modo deberet. Nec enim quod actio tenet, facit vt eo minùs absolui reus debeat, cùm non ex alia actione quàm quæ ipso iure tenet, sicuti condemnatio ita & absolutio sequi possit, siquidem is demùm potest absoluere, qui potest & condemnare *l. 1. & 3. infr. de re iudic.* Proinde ratio hæc Papiniani, vt nemo non videt sententiam & rationem Vlpiani manifestissimè conuincit. Respondet tamen Papinianus ad obiectionem Vlpiani specialiùs, ostenditque cùm de latitatione quæritur, & de mittendo creditore in possessionem bonorum debitoris ex causa latitationis inspiciendum esse quis rerum status sit eo tẽpore, non quis ex postfacto esse possit. *Nam etsi in diem*, inquit, *vel sub conditione debeatur fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari.* Sensus est in possessionem bonorum eius qui non nisi in diem vel sub conditione debeat non posse mitti creditorẽ, nec si latitet debitor, quia videri non potest fraudationis causa latitare, cùm adhuc cõueniri non possit, nec magis ille qui in diem certam, quàm qui sub conditione debet, vt fatetur Vlpianus ipse in *d. l. Fulcinius §. si in diem*, quãuis qui in diem certam debitor est, iam verè debitor sit, non etiam qui sub conditione, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* Nempe quia non magis hic quàm ille cõueniri interim vtiliter & iure potest, imò quòd magis est si quis verè debitor sit & conueniri in effectu possit, si tamen exceptione aliqua tutus sit per quam possit actionem elidere, non videbitur fraudationis causa latitare, nec missionem creditoris in missionem bonorum ex ea causa pati cogeretur, eodem ipso Vlpiano fatente in *d. §. si in diem in fin.* Hoc verò cur ita? Nimirum ratione illa, qua mouetur Papinianus: quia si eo tempore iudicium acciperet, absolui omnino deberet propter exceptionem, & tamen fieri posset fortasse vt eam non opponeret siue per imperitiam, siue qua alia de causa, quo casu perinde condemnaretur, & quidem iustè ac si nullam exceptionem haberet. Nulla enim prodesse potest exceptio, ne quidem compensationis, tametsi actionem elidat ipso iure, quasi vi factæ iam solutionis, si non opponatur. Nec enim aut diuinare aut supplere illam iudex potest vel debet, *l. vlt. C. de compensat.* Idque est quod ait Paulus in *l. creditor 55. de verborum significationib.* Eum qui exceptionem timet, licèt de temporali tantùm exceptione ibi loquatur non de perpetua similem esse conditionali creditori, quia fieri aliquo casu potest, vt exceptio non opponatur, putà si eius opponendæ tempus præterierit. Denique exceptiones competunt sub perpetua illa conditione tacita & quæ ex rei natura inest si opponantur. Proinde non faciunt quominus actio interim teneat, & tamen faciunt ne fraudationis causa latitare videatur debitor, qui exceptione aliqua siue perpetua siue temporali tutus est, *d. §. si in diem vers. idem dicendum est*, Eadem nimirum ratione Papiniani, quia si nunc cõueniretur, & iudicium acciperet, in ea causa esset, vt absolui deberet, quamuis non opposita exceptione posset iustè, vt diximus, cõdemnari. Non ergo inspiciendum est, quid euenire aliquo casu possit: sed ex præsenti statu considerandum est quid iure fieri possit & debeat. Alioqui etsi in diem vel sub conditione quis debitor sit, quo casu nullus condemnationis metus iustus subesse potest, æquè tamen dicendum erit adhuc posse hunc debitorem, si latitet etiam fraudationis causa latitare, cogendùmque pati pœnam missionis: quia fieri potest vt iniuria iudicis condemnetur. Nec est quod dicas cum Cuiacio non esse bonum argumentum: quia non sit satis honestum rationem haberi eius quod iniuria iudicis potest contingere. Non enim est hic casus ex eorum numero, qui semel tantùm aut bis nec nisi perraró accidunt, quos παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται: sed qui sæpissimè & passim, vt Cuiacius ipse fateri cogitur, & cõstat ex tam multis iuris locis, in quibus frequentissimam videas fieri mentionem rei perperam iudicatæ per sordes, aut imperitiam, aut gratiam, aut ambitionem iudicis, quæ omnia iniuriæ appellatione continentur, *l. si per imprudentiam 51. de euict. l. seruo, 65. §. cùm Prætor ad Senatusconsultum Trebellianum, l. exceptione, 67. de fideiuss.* Quod si dicas iniquum esse, vt ob id quod debitor in diem vel sub conditione per iniuriam iudicis condemnari potest, dicendus sit, interim fraudationis causa latitare. Admittam equidem (nam & Papinianus sine dubio habet hoc pro absurdo:) sed dicam pro Papiniano ex eo igitur apparere non esse spectandum, quid ex postfacto & rei iudicandę tempore possit accidere. Sed quid iuris sit in absoluendo vel condemnando reo, tunc cùm missio in possessionem postulatur. An non enim multò faciliùs sperari aut potiùs timeri potest, vt per iniuriam iudicis malè iudicetur, quàm vt aliquid eo tempore sit in peculio quod hodie non sit. Est enim casus ille omnino aduentitius & ab extrinseco, vt qui nihil hodie habet in peculio, habiturus tamen sit eo tempore, quo res iudicabitur. Casus autem isti aduentitij non sunt computandi, inquit, *l. Iulianus 6. infrà. qui & à quibus manum. liber. non fiant.* At verò, vt per imperitiam aut aliam iniuriam iudicis malè iudicetur tam frequens est in omnibus propemodum tribunalibus vt nihil sit frequentius, nihil formidabilius, quid addam? nihil penè certiùs apud illos pręsertim qui non ex legibus, sed ex ęquitate illa sua cerebrina, ac planè equina liberum iudicandi, quomodo velint, non quomodo debeãt, arbitriũ sibi adrogãt. Bonũ igitur est argumentũ Papiniani sumptũ ab eo, quod sæpiùs accidit, & quod addere pudet, à cõmuniter accidentib. Cùm sentẽtia per iniuriã iudicis reddita tãtæ sit authoritatis, quantæ est sentẽtia ritè rectéq; lata *d. §. cùm Prætor*, nẽpe propter rerum iudicatarum authoritatem, vt ibi scriptum est quam omni casu saluam integrámq; seruari interest etiam reipublicę, ne alioqui nullus litium finis futurus sit, si post rem iudicatam quærendum adhuc sit, aliter quàm per auxilium appellationis, an benè iustéque, an perperam & iniquè iudicatum sit: in summa non patitur Papinianus, vt quisquam audiatur nullo iure litigans vel litigaturus ob id solùm quod fieri aliquo casu possit, vt litigando ius acquiratur. Improba & execranda vitilitigatorum vox illa est, litigando iura crescere, aut quod indignius est, litigando ius acquiri, quam cùm apud me aliquando quidam vsurpasset. Itáne, inquam, litigas nullo iure, ob hoc tantùm, vt litigando ius acquiras? Iamiam igitur te condemnabo, priusquàm ius aliud tibi acquiratur, ne possis negare te iure condemnatum. Ex hac verò Papiniani ratiocina-

tione intelligimus eum non dubitasse quin is qui in diem vel sub conditione creditor est mitti non debeat in possessionem bonorum debitoris. Non quia is qui in diem certam vel sub conditione promisit, nondum sit verè debitor (id enim de conditionali tantùm debitore dici potest, non de eo qui in diem certam promiserit *d.l.cedere diem, l.in diem debitor* 10. *supr. de condict. indeb.*) sed quia non magis ille qui in diem certam debitor est conueniri interim potest, quàm qui sub conditione, quin causa cadat creditor, tanquam tempore plus petens, *l.vnic.§.vlt.sup. quand.dies vsusfruct.legat.ced.l.2.§.qui ita stipulatur, supr. de eo quod certo loco.* Vnde est quod nec compensari interim potest, quod in diem debetur *l.quod in diem,* 7.*infr.de compensat.* In eóque consentit cum Papiniano Vlpianus in *d.§.si in diem,* licèt ibi non de missione in possessionem bonorum debitoris loquatur: sed tantùm de venditione. Eadem enim missionis quæ venditionis ratio est, cùm in possessionem non alius mittendus sit, quàm qui potest bona ex edicto vendere, vt Paulus scribit in *l.pen.§.vlt.eod. tit. quibus ex caus.in possess.eat.* vbi hanc ob causam disertè scribit creditorem conditionalem in possessionem non mitti. Quod cùm ita sit, non possum satis intelligere aut concoquere, quod ex eodem Paulo scriptum legimus in *l.in possessionem* 6.§.*eod.tit.* in possessionem mitti solere creditorem, etsi sub conditione pecunia ei promissa sit. Quomodo enim mitti solet qui non mittitur? si Paulus scripsisset in *d.l.pen.§.vlt.* creditorem conditionalem mitti non debere, dici fortasse posset non esse ista contraria, mitti quidem non debere, sed mitti tamen solere. Priore quidem sententia ad ius relata. Posteriore verò ad factum, quanquam parum probabiliter. Quis enim crederet solere Prætorem facere, quod tamen facere non debeat? Sed de facto solo Paulus loquitur, cùm ita scribit *in possessionem non mittitur*, itémque cùm addit rationem iuris, *quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere*, vt intelligas nihil hîc Prætorem facere, nisi quod iuris ratio permittit. Factum ergo Prætoris vtroque loco demonstratur. Nec proinde recipi potest quod vir doctissimus tentat vt Paulum cum seipso conciliet conditionalem creditorem, mitti quidem solere in possessionem de facto. Sed tamen missionem hâc infirmam esse ac sine effectu, quamuis fiat iussu Prætoris, quia venditio ex ea sequi non potest, antequam conditio extiterit. In quo ridiculum sanè facit Prætorem, à cuius maiestate omnino alienum est, vt illusoria sint & sine effectu eius decreta, *l.vlt.infr.ne quid in loc.public.l.si Prætor* 73.*supr. de iudic.* Et cur Prætor soleret id facere, quod non aliquando: sed semper inane ac sine effectu esse soleret? Nam nec illud verum puto, quod Cuiacius existimat, ex ea missione, quæ facta sit ante condicionis euentum posse venditionem sequi posteaquam conditio extiterit. Etsi enim non eodem tempore fieri missio in possessionem, & bonorum venditio potest. Eodem tamen tempore vtriusque faciendæ ius incipere necesse est, vt supradicta Pauli raticinatio ostendit in *d.l.penult.§.vlt.* & Vlpiani in *d.§.si in diem & §.seq.* quia inutilis esset missio quàm venditio subsequi nulla posset vt apparet ex verbis ipsis Edicti, quæ Paulus refert in *d.l.in possessionem,* §.1.*eod.* Vigor enim missionis totus in venditione sistit, sicuti vigor sententiæ in ipsius executione *l.si longius* 7. *C. de execut. rei iudic.* Nec potest missio in possessionem pendente conditione facta pendêre ipsa in diem vsque euenientis condicionis, qua tandem existente, nouam missionem & ex integro fieri necesse esset, vt venditio ex ea subsequi posset. Alioqui paulatim illud quoque inducendum erit vt sufficiat missum quem esse in bonorum possessionem eius qui nullo modo fuerit debitor, id est, ne quidem sub còndicione, si modò posteà debitor esse cœperit, quod tamen perabsurdum esset, eáque videtur Vlpiani sententia esse & ratiocinatio in *d. §.si in diem,* in illis verbis: *Quid enim interest an debitor quis non sit, an nondum conueniri possit? Nam etsi non sit debitor, idem dicemus.* Quasi dicat, licèt quis hodie non sit debitor: fieri tamen posse aliquando debitorem. Quo colore si quis diceret in possessionem bonorum eius mitti posse illum qui nondum sit creditor, an non esset ridiculus? Itaque, vt dicam tandè quod sentio, nõ possum dubitare quin sententia Pauli corrupta sit in *d.l.in possessionem,* & ex ipso Paulo sic emendanda, vt pro *etsi* legamus *nisi*, errore satis lubrico, & qui aliis etiam locis occurrit, vt alibi obseruauimus. Sic enim assequemur, vt Paulus non modò cum iuris ratione, quod semper curandum est, sed etiam cum seipso consentiat. Hoc verò tractandum hîc nobis fuit accuratiùs, vt Papiniani nostri sententiam & rationem ab Vlpiani obiectione, & à Cuiacij iniuria tueremur. Probat ergo Papinianus non esse bonam obiectionem illam Vlpiani, vt creditor actionis de peculio mitti possit in possessionem bonorum debitoris quasi fraudationis causa latitantis eo quoque tempore quo nihil penitus in peculio sit, eo solo colore, quòd ex ea actione sequi aliqua cõdemnatio possit, si contingat rei indicandæ tempore aliquid in peculio inueniri. Perpetuus enim est Papinianus noster in eo quòd omnia ex præsenti statu constitui & æstimari vult, nihil omnino ex incerto futuri temporis euentu, ne ex eo ius ipsum quoque reddatur incertum, quod tamen certum semper esse debet, *l.2.inf.de iur.& fact.ignor.* Simile enim est quod ille respõdit in *l. verbis* 5. *in fin.ad l.Falcidiam,* si quod in diem vel sub conditione debebatur, purè legatum sit, non modò valere legatum propter repræsentationis commodum, in quo prudentes omnes consenserunt: sed etiam validum manere neq; ex postfacto intercidere ob id quod viuo testatore dies vel condicio venerit, cùm ab initio constiterit: in quo habuit dissentientem Paulum in *l. debitor* 82. *de legat.* 2.& cum Paulo cæteros omnes qui pro principio iuris habebant, etiam illa quæ ab initio constitissent ex postfacto irrita fieri, si ad eum casum peruenissent à quo incipere non potuissent, vt Iustinianus noster testatur in *§.ex contrario Institut.de legat.* vbi addit sibi eorũ sẽtẽtiã displicuisse, Papin.verò nostri placuisse. Nec pugnat quod suprà admisimus, non negasse Papinianũ actionẽ de peculio tenere tũ quoq; cùm nihil adhuc est in peculio, quia fieri possit vt aliquod peculiũ sit tẽpore rei indicandæ: cùm tamen inspecto præsenti rerũ statu contrarium sentire potiùs debuisset. Nã vt hunc quoq; scrupulũ qui solus superest diluamus, respõdemus etsi iuris non facti quæstio illa est, an actio de peculio teneat, necne, iuris tamen quæstionem & rationem non ex futuro illo facto & euentu pendêre, adeóque nec ex præsenti illo, an peculium aliquod sit hodie aut futurum posteà sit: sed ex præsenti rerum statu, quo etiam inspecto certum est patrem ex contractu filijfamilias obligatum esse, & pariter dominum ex contractu serui. Illum tanquam patrem *l.5.§.vlt.infr.de lib.& legat.* hunc tãquã dominum, licèt nihil aliud sit in peculio, quia obligatio

obligatio patris & domini sicut ex contractu venit *l. 1. §. si filiusfamilias de his qui effud. vel deiec.* ita & eo tẽpore nascitur quo contrahit filiusfamilias vel seruus nõ quo tempore peculium aliquod esse incipit. Alioqui non tã ex contractu quàm ex peculio nasceretur, nec tam de peculio quàm ex peculio actio dicenda esset. Quid ergo facit, inquies, adiectio nomenq; peculij? Respicit, inquam, non ius actionis compententis, sed ipsius effectũ, potestatem & executionem: quia erit quidem actio, sed nulla exactio si nihil erit in peculio tum cum de exactione quærẽdum erit, id est, tẽpore rei iudicatæ, vt in alia qualibet actione contingeret, si condemnatus is esset qui bona nulla tum haberet *l. nam is 6. supr. de dolo l. deposui 38. §. Stichus vers. hoc ergo casu supr. hoc tit.* differentia tantũ illa est, quod in cæteris actionibus quarum potestas per inopiam condemnati eliditur, expectari potest, vt bona aliquã superueniant condẽnato, & interim potest suspendi, differriq; iudicati executio *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* vt & in omnibus qui non condemnantur nisi in quantum facere possunt, de quibus diximus in *l. quoties 47. §. si semel supr.* Sed in actione de peculio non potest differri potestas actionis, neque expectari an aliquod peculium futurũ sit nisi in tempus vsque rei iudicandæ, quia cum habeat adiectionem illam & qualitatem naturaliter insitam, vnde & denominationem & differentiam suam essentialẽ accipit de peculio, fieri certè nequit vt de ea pronũcietur pro actore, quin aliquod peculiũ sit ipso saltẽ condemnationis tempore, quia porrigi vlterius actio non potest, quę per subsequẽs iudicatũ nouatur & perimitur *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* nec fieri potest vt de peculio condemnetur is, qui peculium nullũ habet. Sunt igitur in actione hac de peculio duo consideranda, Actio ipsa primũ quæ tota iuris non facti est, & per quam persequitur actor id quod sibi quidem iam debetur, sed ex eo quod erit in peculio: deinde actionis huius adiectio & qualitas de peculio quæ tota ad factum refertur id est quatenus est aut erit cum iudicabitur in peculio actio ipsa per se subsistit & tenet etiamsi nihil sit in peculio quia non eo minus verum est obligatum esse patrem ex contractu filij, vel dominũ ex contractu serui etiam si nihil sit hodie nec vnquam futurum sit in peculio & hoc est quod Vlpianus scribit in *d. l. quæsitum supr.* Actorem rectè intendere sibi deberi etiam si nihil sit in peculio, sed adiectio illa de peculio tenet quidem quamdiu res non iudicatur propter spem quæ subest vt iudicati tempore aliquid in peculio inueniatur, sed intercidit, simúlque actio ipsa quæ sine qualitate illa de peculio nec esse nec intelligi potest, si eo tempore nihil in peculio sit. Nam & si aliquid fuisset tempore litis contestatæ; nihil verò tempore rei iudicatæ, æquè actio intercideret, exemplo eius quod in actione ad exhibendum scriptum est in *l. tigni 7. §. si quis cum supr. ad exhib.* cui actio de peculio æquiparatur in *d. l. quæsitum.* Cæterùm non vsq; adeò consumitur actio de peculio per sentẽtiam qua fuit absolutus pater ideò quia nihil in peculio fuerit, vt nõ possit iterũ agere creditor ex integro cõtra patrẽ si quid posteà in peculio esse cœperit, quẽadmodũ si priore actione minùs cõsecutus fuisset, quia minùs fuisset in peculio, nõ ideo residuũ postea petere aucto peculio per nouam de peculio actionem prohiberetur *d. §. si semel & d. l. quæsitum §. is qui semel.* Est enim actio hæc ex earum numero quę nunquã transeunt in rem iudicatam pro patre vel domino, quoties in totum, aut pro parte absoluitur. Quia scilicet absoluitur non tam defectu iuris ex parte creditoris quàm defectu materiæ ex parte ipsius patris vel domini: materia siquidem actionis huius peculium est, causa verò actionis non peculium, sed obligatio quæ ex contractu filiifamilias vel serui, vt diximus, contra patrem aut dominũ nascitur. Et hęc ita omnino distinguẽda sunt, quomodo subtiliter Papinianus distinxit, ac melius subtiliusq; longè quàm Vlpianus *d. §. si in diem*: quamuis Vlpiani sententia præualuerit, si verum fuit quod ille scripsit in *d. §. si in diem* eo iure nos vti, vt & illa Proculi contra Iulianum de qua in *d. l. quoties 47. §. si creditor supr.* Sequitur apud Papinianum.

a *Sed fideiussorem datum eo tempore quo nihil in peculio est.* Alia obiectio est quam præuidet Papinianus, & quam diluit elegantissimè. Cùm enim dixisset non posse creditorem mitti in possessionem bonorum patris tanquam fraudationis causa latitantis eo tempore quo nihil in peculio est, videbat posse obiici. Huius tamen actionis de peculio fideiussorem dari posse tùm quoque cum in peculio nihil est, necessarium ergo esse vt subsit iam actio in cuius proinde fraudem latitatio fieri possit. Respondet autem nihil commune habere hanc obiectionem cum specie proposita. Nam futuræ quoque actionis nomine fideiussorem accipi posse si modò in hoc acceptus sit: quanto magis igitur actionis iam natæ, licèt non nisi futuræ ex ea condemnationis? Sic enim Papinianus intelligi debet non ita quasi actionem hanc de peculio futuram esse putet necdum præsentem & natam quamdiu nihil est in peculio. Idque denotat dictio illa *quoque* quæ vt nostri loquuntur implicatiua est & inclusiua. Nec tantùm actionis: sed etiam obligationis futuræ fideiussorem accipi posse constat *l. 4. infr. 6. in fin. de fideiuss.* Potest enim obligatio fideiussoris in pendenti esse *l. non quemadmodum 35. supr. de iudic.* vbi Iauolenus hanc ponit differentiam inter obligationem fideiussoriam & iudicium, quòd in pendenti potest illa esse, at iudicium non item quia priusquàm aliquid debeatur iudicium esse nullum potest. Benè verò hîc Papinianus addit, *Si tamen sic acceptus est*, quia in dubio præsentis non futuræ obligationis aut actionis nomine acceptus intelligeretur, & ideo si præsens obligatio aut actio nulla esset, inuriliter acceptus videretur, quod summopere notandum est ad interpretationem *dict. leg. 4. & dict. l. stipulatus sum 6. §. vlt. eod. tit. de fideiuss. & §. fideiussor Instit. eod. tit.*

1 ¶ Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit: quia mortis tempus in Falcidiæ ratione spectatur: illius temporis peculium considerabitur.

Ad §. 1. Si creditor.

RAT. DVB. Peculium ex earum rerum numero est quæ accessionem & decessionem recipiunt sui natura *l. si ex duobus 32. §. 1. l. peculium nascitur 40. supr.* non minùs quàm hereditas *l. item veniũt 20. §. itẽ non*

sclinu supr. de hered. petit. Et patet qui tenetur de peculio minùs locuplete, mortis tempore: sed postea aucto ante aditionem, non malè cõparandus videtur debitori minùs idoneo nec soluendo mortis tempore: sed postmodum aucto facultatibus tẽpore aditionis: quem constat locupletiorẽ facere hereditatem non minùs quàm si mortis tempore iam soluendo fuisset, aut quomodo etiam accidit cùm debiti quod fuit conditionale mortis tempore, conditio extitit ante aditam hereditatem. Itémque cùm in hereditate debitum aliquod naturale fuit mortis tempore, quod solutum est tempore aditionis. Nam & hoc casu augetur ex euentu hereditas *l. cum quo 56. versic. aliquis dicet iunct. l. 1. §. id quod natura infr. ad l. Falcid.* Ergo & peculij incrementum quod mortuo iam testatore: necdum tamen adita eius hereditate superuenit pleniorẽ facere debet hereditatem: atque ita concludit Marcellus in *d. versic. aliquis dicet*, & ante eum Iulianus in *leg. si creditor 83. eodem titul.* vbi in illa ipsa specie quam Papinianus proponit in hoc §. id est si creditor filij tui, qui te de peculio conuenire poterat, heredem te instituerit, & legis Falcidiæ ratio ponenda sit cum legatariis propter legata, quibus supra dodrantem onerata est hereditas, ait in quadrantem imputari tibi debere eam peculij quantitatem, non quæ mortis (vt hîc vult Papinianus) sed quæ aditionis tempore fuisset.

DEC. In quantitate patrimonij exquirenda cùm de legis Falcidiæ ratione quæritur mortis tempus spectari placuit, non testamenti, non aditæ hereditatis, *l. in quantitate 73. in princip. l. in ratione 30. eod. tit.* ita vt, & damna & lucra omnia quæ post mortem testatoris contingant æquo iure ad heredem pertineant, vt variis exemplis docent & illustrant Iureconsulti supradictis locis. Nec sanè aliter constitui ius posset sine maxima vel heredis, vel legatariorum captione: euidentiùs verò fieret iniuria heredi ad quem damna omnia pertinent, quæ post testatoris mortem contigerunt, si non lucra quoque omnia ad eum pertinerent, *d. l. in ratione, 30. in princip.* Et ex regula *l. secundùm naturam 11. de regul. iur.* Ergo quamuis peculium recipiat augmentum & diminutionem, & consequenter actio de peculio in tempus vsque rei iudicandæ, vt proximè diximus ex *l. quæsitum 30. supr.* cùm tamen de legis Falcidiæ ratione ineunda quæritur, illud demùm peculium computandum est quod mortis tempore præcisè fuit, non quod ex postfacto accessit vel decessit. Non enim tractari quicquam hîc potest de tempore condemnationis, cùm neque actum sit de peculio, neque agi vnquam possit, herede creditoris existente illo cum quo agi de peculio poterat. Cum quo enim ageret nisi cum seipso? Intercidit nimirum actio de peculio, vt & aliæ actiones omnes quæ heredi in defunctum aut defuncto in heredem competebant confusionis potestate, facto eodem sui ipsius debitore & creditore, quod neque naturalis neque ciuilis ratio ferre potest, *l. Stichum aut Pamphilum, 95. § aditio infr. de solut. l. debitori 50. de fideiuss. l. debitori, 7. Codic. de pact. l. 2. § cùm quis de hered. vel action. vendit.* Sed quamuis debitor cùm creditori suo heres extitit, confusione liberetur: hoc ipso tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, vt proinde computari ei debeat in quantitate patrimonij id quod debet quamuis aditione confusum sit, *l. 1. § si debitor, infr. ad l. Falcidiam.* Computabitur ergo peculium quanti præcisè fuit mortis tempore, non quanto pluris minorísve posteà esse cœperit. Atque ita Papinianum sensisse apparet manifestè ex verbis huius §. quæ sicut indistinctè concepta sunt, id est, nulla facta distinctione aucti vel imminuti post mortem peculij. Ita & generaliter accipienda esse arbitror. Non quomodo accipiuntur à viro doctissimo Iacobo Cuiacio qui Papinianum restringere vult ad eum casum quo imminutum sit peculium, non quo auctum fuerit nimirum ne fateri cogatur dissensisse Papinianum à Iuliano, in *d. l. si creditor*, vbi è contrario scribit in legis Falcidiæ ratione cum legatariis ineunda inspiciendam esse quantitatem peculij, quæ aditæ hereditatis tempore fuerit, quasi nec alio casu Iulianus id verum esse crediderit quàm quo peculiũ auctum fuerit, non quo diminutum. Quæ Marcelli sententia & distinctio fuit in *d. l. cum quo 56. ad legem Falcidiam.* Non aliena fortassis à ratione iuris, vt mox dicemus, sed quam tamen vix est vt Iuliani magis quàm Papiniani verba possint admittere. Nam quemadmodum Papinianus hîc scribit generaliter computandum esse peculium, quod fuit mortis tempore, ratione illa æquè generali, quòd in lege Falcidia mortis tempus spectandum sit, ita & Iulianus in *d. l. si creditor*, non minùs generaliter ait spectandum tempus aditæ hereditatis. Ergo omni casu siue auctum siue diminutum peculium proponatur. Et verò non defuisse ex antiquis prudentibus qui dicerent spectandum tempus aditionis etiam imminuto post mortem peculio, apparet clarissimè ex *d. l. cum quo*, in qua Marcellus contra eos disputans, quos ait plerosque putare inspiciendum esse id quod in peculio fuerit cùm hereditas adiretur, rationem eandem adfert quam hîc Papinianus, quòd mortis tempus in legis Falcidiæ ratione ineunda placuerit obseruari. Mox rationis quoque & simul exempli loco subiicit, *Quid enim interest peculium serui post mortem creditoris diminutum sit, an debitor pauperior factus sit?* Nempe præsupponit, de quo nec quisquam dubitauit, peiora post mortem testatoris facta nomina debitorum heredis damno cedere, quod & disertè scriptum est in *d. l. in ratione.* Cùm verò iis verbis *plerique putant*, Marcellus sine dubio perstringat Iulian. cuius hac de re tã aperta extat in sentẽtia *d. l. si creditor*, & ad quem tam multas notas scripsit, in quib. videas eum passim nec plerumque sine magnis rationibus à Iuliano dissentire: esset ista calumniosa reprehensio si Iulianus, non nisi aucto ante aditionem peculio, tempus aditæ hereditatis spectandum esse existimasset. Fateamur ergo liberè cum Marcello dissensisse in hac quæstione Iureconsultos, & Iulianum quidem aditæ hereditatis tempus omni casu spectari voluisse, Papinianum verò nostrum æquè omni casu tempus mortis, Marcellum denique in media illa sententia fuisse quam Cuiacius amplectitur & distinxisse an auctum sit peculium post mortem an imminutum, vt si imminutum fuerit mortis tempus spectari oporteat, si verò auctum sit spectetur tempus aditionis. Vtro igitur tempore siue mortis siue aditionis maior fuerit quantitas peculij, vt quoad fieri potest legata conseruentur integra nec imminuta. Sic enim apud

apud Cuiacium legendum est. Videamus quænam ex tribus his tantorum prudentum sententiis probabilior videri possit. Pro Iuliano valdè facit, quod confusio debiti per quam fit vt liberetur pater qui actione de peculio tenebatur defuncto creditori, non contingit nisi per aditionem *d.l.Stichum* 95.§. *aditio de solut.dict.l.*1.§.*si debitor ad leg.Falcid.* ac proinde in id vsque tempus manet pater debitor hereditatis ratione peculij, ita vt si quis esset à quo conueniri de peculio pater posset, dubitari non oporteret, quin siue aucto siue imminuto post mortem peculio tanti condemnandus esset pater, quanti eo condemnationis tempore peculium inueniretur siue pluris, siue minoris esset quàm mortis tempore fuisset. Potest igitur peculium crescere aut decrescere etiam à mortis tempore in diem vsque aditionis, tantoque locupletiorem hereditatem percipere videtur, heres idémque debitor defuncti quantum illud est, quod debet eo tempore quo desinit esse debitor, id est, quo adit hereditatem: nam eo demùm instanti videtur ipse sibi non modò condemnari, sed etiam soluere, cùm aditio non tantùm vim confusionis habeat, sed etiam solutionis *dict.* §. *aditio vers. aliquando d.l. debitori* 50. *de fideiuss. l. quæ dotis* 35. *infrà solut. matrimon.* ideoque nemo vnquam dixit posse peculij quantitatem & computationem crescere, vel decrescere post aditam hereditatem, qua eâdem ratione dicendum erit, si debitum defuncto ab herede fuit vsurarium, computari in hereditate illud debere cum vsuris quæ accesserunt in tempus vsque hereditatis aditæ: verùm enim est tantumdem deberi ab herede adeunte, quò respicere videtur Paulus in *d.l.*1.§.*si debitor ad leg. Falcid.* cùm ait *computandum esse heredi id quod debet,* non autem *id quod debuit*, relatione scilicet facta ad tempus aditionis quo confusum est debitum non ad præcedens tempus mortis. Idque ita esse apparebit euidentiùs, si ponas heredem hunc sui creditoris hereditatem repudiasse, quæ ita vel ad legitimum defuncti heredem, vel si de lege Falcidia, & legatis tractare adhuc voles, ad vulgarem substitutum peruenerit. Quis enim dubitet, quin peculij incrementum substituto profuturum sit, aut heredi legitimo agenti postea contra patrem hunc de peculio? & quin similiter imminutio peculij sit eidem nocitura? at contra Iulianum facit, ratio illa fortior qua & Papinianus & Marcellus mouentur, quod hic non quærimus de quantitate & computatione peculij, vt sciamus quid veniat in actionem de peculio, & condemnationem, qui alius longè tractatus est, sed vt ponamus rationem legis Falcidiæ inter heredem & legatarios, quæ porrò non aliter finiri potest, quàm mortis tempore inspecto, cùm eo demum instanti quo testator mortuus est constituatur hereditas: ex lege autem Falcidia hereditatis quadrantem saluum & illibatum habere heres debeat *d.l.* 1. *in princip. ad leg. Falcid.* Inspiciendum igitur omnimodo est quid eo instanti ad heredem peruenerit, non quid posteà, vt quamuis peculium augeri post modum vel minui contingat nihil ea res legatariis, aut heredi prodesse, vel nocere debeat. Quod enim pater heres creditoris peculiarij, manet debitor peculij in tempus vsque aditæ hereditatis facere quidem potest vt in id vsque tempus augeri peculium possit vel minui: sed non tamen vt eius augmenti vel diminutionis ratio haberi debeat in ponenda ratione legis Falcidiæ quomodo haberetur si hereditate ad alium deuoluta actio de peculio contra patrem hunc moueretur, alioquin nunquam sciri certò posset, an testator supra dodrantem legasset, nec proinde an legi Falcidiæ locus esse deberet, si ex iis quæ post mortem ante aditam hereditatem contigissent æstimandum id esset non ex eo rerum statu qui moris tempore inueniretur: longéque melius est ita ius constitui vt damna & lucra omnia quæ hereditati inter tempora mortis & aditionis contigerunt ad heredem solum pertineant, quippe qui adeundo quandocunque hereditatem, iam inde à die mortis adiisse illam retrofingatur *l. heres quandocunque* 54. *de acquirend. hereditat. l. omnis hereditas* 138. *l. omnia ferè* 193. *de regul. iur.* vtique enim si sub instans mortis protinus heres adiisset hereditatem, non dubitaremus, quin ad eum tanquam dominum lucra & damna omnia pertinerent, nec quod peculium habeat accessiones suas & decessiones *dict. l. si ex duobus* 32. §. 1. & *d. l. peculium nascitur* 40. *suprà ad rem quicquam facit.* Nam & hereditas ipsa quoniam in iure consistit, multò magis recipit augmentum, & diminutionem *dict. l. item veniunt* 20. § *item non solum suprà de hered. petit.* & tamen non eo minùs lucrum & damnum omne quod hereditati accidit, heredi cedit *d. l. in ratione*, & *d. l. in quantitate.* Non ergo hac parte maior, aut alia peculij ratio haberi potest, quàm hereditatis, maximè cùm de lege Falcidia quæritur, quia non peculij, sed hereditatis quadrantem habere heres debet, neque id quod ratione huius peculij heres defuncto creditori debuit, consideratur tanquam debitum peculiare, sed tanquam creditum hereditarium, propter quod tanto locupletiorem hereditatem creditoris sui videtur debitor percepisse. Ac proinde quemadmodum augmentum, quod accedit hereditati non proficit legatariis in computatione Falcidiæ, neque decrementum iis nocet, ita nec incrementum vel decrementum peculij, quod penes heredem creditoris fuit mortis tempore, vt eo locupletiorem hereditatem habuisse videatur: fit quidem locupletior hereditas aucto peculio ante aditionem, sicut & minor eodem imminuto, sed quantum ad heredis duntaxat lucrum & damnum, non quantum ad legatarios, legémque Falcidiam pertinet. Atque ita pro Papiniano contra Iulianum verè & ex iuris ratione disputari posse arbitror. Sed Papiniani aduersus Marcelli distinctionem defensio difficilior esse videtur, non ob id solum quod mediæ istæ ercíscundorum distinguentium opiniones probabiliores esse solent, & æquiores, *l. adeò* 7. §. *cùm quis de acquirend. rerum domin. l. vltim. de iur. fisc.* sed etiam quia pluribus si non rationibus saltem exemplis sententiam suam Marcellus confirmat, ad quæ si Cuiacio credimus, respondere nemo possit: æquiparat enim Marcellus dominum eundemque heredẽ creditoris habentem minùs locuples peculium propter damna quæ peculio post mortem creditoris acciderunt, debitori qui post mortem testatoris pauperior factus sit, & non soluendo, cùm ita scribit,

quid enim interest, peculium serui post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus sit? & verò non potest negari quin debitor defuncti fuerit pater qui ei actione de peculio tenebatur: nam quemadmodum qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias & patrem, sed ambos efficaciter obligatos, filium quidem in solidum, patrem verò de peculio l. si quis cum filiofamilias 44. supr. ita & qui cum seruo contrahit duos sibi obligat, sed in solidum, seruum naturaliter tantum, dominum verò iure honorario de peculio duntaxat, itaque licèt dominus sit locupletissimus, si tamen minùs locuples sit peculium rectè comparatur inopi debitori, atqui si post mortem testatoris ampliatæ sint facultates eius debitoris qui mortis tempore non erat idoneus, plenior tamen & vberior hereditas iam ipso mortis tempore fuisse intelligitur, & nomen illud non idoneum postea factum idoneum auget ex euentu hereditatem, vt Paulus loquitur in l. Nesennius 22. §. si debitori ad leg. Falcid. sicut & de naturali debito post testatoris mortem soluto idem Paulus ex Iuliano scribit in d. l. 1. §. id quod natur. ad leg. Falcid. Reprehensa etiam quorumdam opinione, qui contra putabant, non esse id in hereditate computandum, ergo & cùm locupletius peculium factum est post mortem creditoris, qui patrem vel dominum heredem instituit, dicendum est cum Marcello ex eo quoque peculio quod ante aditã hereditatem superuenit hereditatem augeri, vt tanto locupletior fuisse videatur, tantoque pleniora legatariis legata debeantur: nam & idem accidit, inquit Marcellus, si mortis tẽpore condicionale aliquod debitum in hereditate fuit, & condicio posteà extiterit, quod tamen vltimum exemplum non æquè est in expedito: constat enim magnam inter veteres dubitationem fuisse de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est, an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumerandũ sit & promissoris bonis detrahendum, vt Caius refert in d. l. in quantitate 73. §. 1. eod. vbi concludit hoc iure nos vti, vt quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere, promissoris verò decedere videatur, nisi malint consentire legatarij cum herede, vt cautionibus res explicetur, id est, vt duorum alterutrum fiat, aut ita ratio habeatur condicionalis debiti tanquam purè debeatur, an ita (nihil enim refert) tanquam nihil debeatur, deinde heres & legatarij inter se caueant., vt existente condicione heres reddat quanto minùs soluerit, aut ea deficiente legatarij restituant quanto plus consecuti sint, quo quidem posteriore casu, id est, cùm interpositis huiusmodi cautionibus res explicatur, crescit sanè ex euẽtu hereditas, at non etiam priore, cùm spes tantùm æstimatur, qui tamen prior modus ineundæ Falcidię cũ non ex heredis, & legatariorum voluntate pendeat, vt interpositio cautionum, sed ex mera iuris ratione sequendus potiùs nobis videtur, de sola iuris ratione laborantibus, tanquam qui etiam prudentibus magis placuerit, cùm eo iure nos vti Caius scribat, nec aliud respõsurum Caium fuisse arbitror, si de naturali debito post mortem soluto nullis cautionib. interpositis consultus fuisset, aut de seruo captiuo ab hostibus reuerso, de quo in l. serui 43. ad leg. Falcid. nec denique Papinianum nostrum, quem videmus ex eo solo moueri, quòd in ponẽda ratione legis Falcidiæ mortis tẽpus præcisè spectari oporteat: secundũ quam sententiam necessariò dicẽdum est, etiamsi post mortem solutum sit, id omne quod mortis tẽpore naturâ tantùm debebatur, non ideò tamen ex tota illa quãtitate augeri hereditatem, sed tanti dũtaxat quãti nomen illud naturalis debiti, hoc est spes solutionis futuræ vẽdi potuit, etiãsi ante aditionẽ, & eo tempore quo Falcidię cõputatio fit, quæ nec nisi post aditionẽ fieri potest, solutio naturalis illius debiti facta proponatur: alioqui nõ mortis, sed aditæ hereditatis tẽpus præcisè spectandũ esset ꝙ leges omnes negant, & extra casum obligationis peculiaris, extra controuersiam semper fuit: neq; sanè credendum est, Paulum vel Iulianum, quem Paulus refert in d. § id quod natura, in ea fuisse sentẽtia, vt putauerit id quod natura debetur ita hereditati computandum esse, vt priùs etiam quàm solutum sit proficere debeat legatariis ad Falcidiam minuẽdum; id enim esset augere hereditatem ab initio, non ex euentu, sed id tantum Paulus agit, vt eos refellat, qui nullam penitus in computanda hereditate & ponenda lege Falcidia, naturalis debiti rationem haberi volebant, in quo certè errabant: nam cùm hoc quoque casu ex euentu augeri possit hereditas, quæ fuit ipso mortis tempore, negari non potest, quin saltem spes illa futuræ solutionis & augendæ hereditatis ex hac causa, hereditatem iam inde ab instanti mortis auxerit, nec proinde quin æstimari debeat, quanti vendi tùm potuit, quod vnicum in eiusmodi difficultatibus explicandis remedium esse solet, ab ipso quoq; Iuliano in aliis etiam casibus inductum, vt constat ex l. 1. §. si heres infrà ad SC. Trebellianum, nec bona est consecutio, vt quia Paulus & Iulianus hereditatem hoc casu ex euentu augeri putarunt, ex euentu quoque illo rationem legis Falcidiæ ponendam esse existimauerint: nam neq; Caius & Papinianus idipsum negarent, ex euẽtu superiorib. casib. augeri hereditatẽ, qui tamẽ non ideò Falcidiã quoq; ex euẽtu augeri posse admitterẽt: repugnat. n. vt ex postfacto augeatur Falcidia, & vt in eius ratione ineũda mortis tempus pręcisè inspiciatur: quare nec Iulianus dixit id quod ex naturali debito postea solutum est augere Falcidiam, sed tantùm *ex euẽtu augere patrimoniũ vel non augere*, nihilq; aliud ex eo infert, nisi quod si posteà solutum sit hereditario iure capitur, & in restitutionem hereditatis venit: cui non statim consequens est, vt in Falcidiã quoque imputari totum debeat, quãuis in eam imputentur omnia, quæ iure hereditario capiuntur l. in quartam 91. eod. tit. quoniam alia ratio est hereditatis restituendæ, alia ineundæ Falcidiæ: imputãtur quidem in quartam omnia quæ capiuntur iure hereditario, sed ita demùm si mortis tempore fuerunt in hereditate: sed in restitutionem hereditatis veniunt, etiã ea quę non fuerunt in hereditate mortis tempore, si modò talia sint quæ non rebus hereditariis, sed hereditati ipsi accepto ferri debeant l. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell. quale proculdubio est ꝙ ex causa naturalis debiti mortis tempore subsistentis solutum ex postfacto fuit: non enim sicut in ponenda ratione legis Falcidiæ, ita & in restituenda hereditate inspicimus quid fuerit in hereditate mortis tempore præcisè, sed quid heres quandocunque ex hereditate habuerit tãquam heres, l. debitor 59. §. vlt. eodem. Idem ergo etiam dicamus de nomine debitoris non idoneo tempore mortis, sed facto postea idoneo ante aditionem, scilicet augeri quidem ex eo hereditatem, vt vult Marcellus, nec nos pro Papiniano negamus: sed non eò magis prodesse id legatariis debere ad augenda legata,

ſata, minuendámque Falcidiam, cùm veriſſimum ſit mortis tempore non fuiſſe nomen idoneum: nec proinde pluris augeri potuerit hereditas ex eo nomine quàm quanti potuit vendi eo mortis tempore, in qua venditione etiam ſpes melioris futuri nominis veniſſet. Quam enim rationem differentiæ poſſis aſſignare vt non hoc quoque caſu, perinde atque cùm de conditionali vel naturali tantùm debito agitur, ſpes ſola æſtimanda ſit quanti vendi poſſet. Quod ſi quis hoc abſurdum putet eo caſu quo poſt mortem & ante aditam hereditatem, poſitámque rationem legis Falcidiæ nomen iam factum ſit idoneum aut condicio debiti extiterit, aut denique naturale debitum ſolutum fuerit. Is cogitet idem fore, etiamſi poſt aditam hereditatem, ſiue ante poſitam rationem legis Falcidię, ſiue poſtea iſta contigerint. Nam & eo caſu perinde augeretur ex euentu hereditas, nec tamen legatariis augmentum illud quicquam proficeret, cùm nemo vnquam dixerit vllo prorſus caſu inſpiciendum eſſe tempus quod aditionem hereditatis ſubſequitur, nec rurſus id quod euenire adhuc poteſt perinde computandum eſſe ac ſi iam eueniſſet. Dubius.n. euentus ita æſtimãdus eſt, vt tã eius quod poteſt nõ euenire, quã eius ꝗ euenire poteſt, ratio habeatur, *l. propter ſpẽ 23. ſupr. fam. erciſc. l. nam hoc modo 11. de hered. vel act. vendit. inf. l. ſi iactum retis, 2. de action. emption.* Quemadmodum igitur etiam ſecundùm eorum ſententiam qui his caſibus in lege Falcidia ponenda tempus aditæ hereditatis ſpectandum eſſe dicerent, ſi iam tum ex euentu aucta eſſet hereditas, fatendum tamen eſſet nondum aucta hereditate fore vt non aliter, quàm per ſolius ſpei æſtimationem computari hereditas, & legis Falcidiæ ratio iniri poſſet, ita & fatendum eſt nihil abſurdi eſſe, vt eodem prorſus modo fiat computatio, tameſi iam aucta fuerit hereditas ex euentu ante aditionem, ne alioquin offendatur certiſſima illa iuris regula, quæ vult in ponenda ratione legis Falcidiæ mortis tempus præciſè ſpectandum eſſe, & eum rerum ſtatum qui mortis tempore inuenitur. Neque ſanè dici facilè poteſt quam rationem habeat, quod vult Marcellus, nomen quod poſt teſtatoris mortem deterius factum eſt perire heredi non legatariis: quia mortis tempus ſpectari oporteat, & tamen ſi factum ſit idoneum quod mortis tempore non fuit, legatariis prodeſſe id debere non heredi. An non enim pugnat ea diſtinctio cum iuris regula, quæ ait ſecundùm naturam eſſe cuiuſque rei commoda eum ſequi quem ſequuntur incommoda *d. l. 11. de regul. iur.* Nam ſi quis tentare velit differentiæ rationem illam eſſe, quòd nomina fiant idonea nullo facto heredis. Fieri autem deteriora per aliquam ipſius culpam & negligentiam, quod in iis exigendis non fuerit diligentior. Facilis reſponſio eſt, non poſſe ei imputari cur non exegerit ante aditionem, cùm eo tempore nullam adhuc actionem haberet, qua ratione prædo quoque ſecurus eſt, *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. illud planè ſupr. de hered. petit.* neque rurſum cur tardiùs adierit cùm in eius arbitrio & poteſtate lex poſitum voluerit, an & quando adiret, *l. 4. ad SC. Trebellianum, d. l. in quantitate 73. ad l. Falcid.* vbi quod dicitur, non eſſe damnoſum heredi, quamuis damna omnia quæ hereditati poſt mortem teſtatoris contigerunt ad eum pertinere dicamus, quia liberum ei ſit non adire hereditatem, oſtendit ſatis, æquè non habere legatarios, quòd conquerantur, tametſi lucra omnia quæ hereditati acciderunt heredi relinquamus, non ſolùm vt par ſit lucri & damni ratio ſecundùm ſupradictam iuris regulam, ſed quia ipſorum etiam legatariorum intereſt vt huiuſmodi lucrorum ſpe & intuitu heres inuitetur ad adeundum. Ne alioqui deſtituto teſtamento futurum eſſet vt nihil ipſi conſequerentur. Quod apertiùs tractat Marcianus in *d. l. in ratione 30. in princip.* vbi non tantùm de damnis loquitur, quomodo Caius in *d. l. in quantitate,* ſed etiam de lucris, & quidem generaliter licèt non quemadmodum peiora facta nomina heredis damno cedere ait, ita & meliora effecta eiuſdem lucro cedere exprimat: ſatis enim exprimit hoc ipſo quod ex vniuerſitate lucrorum heredi relinquendorum, illa non excipit, quomodo excepiſſet haud dubiè & excipere nominatim debuiſſet, quicquid dicat Cuiacius, ſi aliud iuris in iis conſtituendum exiſtimaſſet. Bene vidit obiectionem hanc Cuiacius, & tanti eam eſſe momenti, vt neminem eſſe dicat, quem non illa perturbet, niſi præuiderit, addítque longè ſe aberraturum, ſi non afferat ipſe rationem differentiæ: cur non ſicut deteriora facta nomina pertinent ad heredem, ita etiam facta meliora ad lucrum heredis non pertineant: ſed aſtutè & callidè pro hac quæſtione aliam ſtatim longè diuerſam ſubſtituit. Cur meliora facta nomina augeant hereditatem nec cedant lucro heredis, & tamen fructus poſt mortem percepti & fœtus cedant lucro heredis. Ego verò non hoc quæro. Fateor quod ait vir doctiſſimus, & cuique ſatis obuium eſt, fructus, partus, fœtus, acquiſitiones ſeruorum, & alia huiuſmodi quæ non erant mortis tẽpore nouas eſſe acceſſiones, quę non hereditati accepta feruntur, ſed bonis, vt ſcriptum eſt *in d. l. in fideicommiſſaria.* Nomina autẽ iam fuiſſe contracta mortis tempore quamuis non fuerint idonea propter infortunium debitorum, eandémque rationem eſſe debiti condicionalis, quòd licèt non debeatur niſi exiſtente demùm conditione, vires tamen accipit ex tempore contractus, *l. vſusfructus, 26. de ſtipulatione ſeruorum, l. ſi filius familias 78. de verbor. oblig.* Itémque ſerui capti ab hoſtibus & reuerſi poſt mortem teſtatoris, quia per fictionem poſtliminij ſemper in ciuitate manſiſſe intelligitur, *d. l. ſerui, 43. ad l. Falcid.* Denique debiti naturalis exiſtentis quidem iam mortis tempore: ſed ſoluti poſt mortem. Hæc ſciunt omnes nec quiſquam negat, ſed ego quæro, cur non lucra iſta & meliorum factorum nominum, & conditionis poſt mortem exiſtentis (eſt enim etiã lucrũ aliquod ſicut & damnum conditionis, *l. Imperator 50. ad Senatuſconſultum Trebellianum*) & reuerſi ab hoſtibus ſerui & debiti naturalis ſoluti, ad heredem pertineant, ad quem & damna omnia pertinent, maximè verò deterioratorum nominum? Hoc verò eſt quod Cuiacius docere debueret, & in quo tamen hæret. Hærebunt & omnes qui pro Marcello contra Papinianum diſtinguent an meliora facta ſint poſt mortem nomina an deteriora: ſi tamen is Marcelli ſenſus fuit, vt quibus caſibus augeri hereditatem ait, Falcidiam quoque augeri ſenſerint. Non enim hoc illi ſtatim conſequens eſt, vt docuimus. Augetur hereditas ex omni eo quod hereditati accedit ante aditionem. Sed non ideò augetur Falcidia, cuius ſcilicet ratio inſpecto præciſè mortis tempore ponenda eſt, non etiam eo inſpecto quod ex poſtfacto ſit hereditatis. Itaque non incrementi quod acceſſit ratio habenda eſt, ſed tantùm ſpei futuræ acceſſionis, id eſt,

quanti spes illa mortis tempore vendi potuisset, nisi malint legatarij cum herede interpositis cautionibus rem expedire, vt scriptum est in *dict. l. in quantitate* §.1. sicut autem, neque Iuliani, neque Marcelli sententia in cæteris defendi contra Papinianum potest, ita neque in accessionibus peculij, quę post mortem superuenerunt. Nam cùm maximè augeatur peculium per fructus partus & fœtus, quę sunt accessiones naturales, & per filiorumfamilias & seruorum acquisitiones *l. peculium nascitur* 40. *& praeced.* vbi diximus *supr. l. vlt. infr. tit. prox.* Nemo vnquam dubitauit quin partus fructus & fœtus editi post mortem testatoris, itémque seruorum acquisitiones lucro heredis cedere debeant, *dict. l. in ratione & d. l. in quantitate*, quomodo ergo fieri potest, vt in computando peculio, quod per huiusmodi accessiones post mortem testatoris auctum est tempus mortis inspici non oporteat? dices fortassis, aliud esse tractare de fructibus hereditatis, aliud verò de fructibus peculij, nec nego, sed cùm tractemus de vtilitate, non creditorum peculij quorum lucro fructus peculij cedere æquum esset, sed legatariorum id agentium, vt quarta heredis portio per accessiones istas peculij minuatur, quis ferat magis faueri legatariis quod ad fructus peculij attinet, quàm quòd ad fructus hereditatis, vt fructus peculij legatariis proficiant, quibus nec hereditatis fructus proficerent? minúsque iuris habere patrem eundemque heredem creditoris sui in fructibus rei suæ propriæ quàm in fructibus hereditatis? quæ licèt heredis quoque propria sit post aditionem, ad legatarios tamen aliqua ex parte pertinet ad emolumentum, siue quòd legatum sit hereditatis deliberatio, qua testator alicui collatum quid velit ex eo quod alioquin vniuersum heredis foret, *l. legatum est* 116. *de legat.* 1. siue quod legatarius in re legata quasi heres quodammodo esse videatur *l. id tempus* 24. §. 1. *infr. de vsucap.* sed hæc ad Papinianum pro Papiniano contra Iulianum, Marcellum & Cuiacium sufficiant.

2 ¶ Etiam postquam dominus de peculio conuentus est, fideiussor pro seruo accipi potest, & ideo qua ratione, si post actionem dictatam seruus pecuniam exsoluerit, non magis repetere potest, quàm si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque vtiliter acceptus videbitur. quia naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere videtur, in litem translata non est.

Ad §. 2. Etiam postquam.

Rat. dvb. Fideiussor accipi non potest nisi aliqua, vel præcedat, vel subsequatur, aut ciuilis, aut honoraria, aut saltem naturalis obligatio *l. stipulatus sum* 6. §. *vlt. l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infr. de fideiuss.* Est enim fideiussoris obligatio accessoria, quæ proinde sine principali aliqua subsistere, & contrahi nunquam potest, atqui cùm dominus actione de peculio conuentus est nulla ampliùs subesse videtur, neque ciuilis, neque honoraria, neque naturalis obligatio, quia certum est per litis contestationem fieri nouationem, adeóque delegationem quandam *l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* Per nouationem verò, non solùm ciuilem & honorariam obligationem perimi, sed etiam naturalem, sicut & per solutionem, quia solutionis instar obtinet §. *praeterea Inst. quib. mod. tollit. oblig.* ideoque & pignus liberari, & desinere vsuras currere *l. nouatione* 18. *de nouat.* nec tantùm fit nouatio, & prioris obligationis peremptio, si quis pro se iudicium accipiat, sed etiamsi pro alio qui verus debitor fuit adeoq; inuito quemadmodum & si pro eo solueret, *l. solutione* 23. *infr. de solut. l. soluendo* 39 *sup. de negot. gest. l. si Stichum* 8. §. *vlt. de nouat. l. qui seruum* 20. *supr. de interroga. in iur. fac. l. si fundus* 16. §. *si pluris infr. de pignor. l.* 2. *Cod. de pact. l.* 2. *C. de execut. rei iudic.* atqui cùm dominus conuenitur actione de peculio, sicuti conuenitur ex contractu serui, ita & pro seruo conueniri videtur, qui nec seruus ipse conueniri potest. *l. nec seruus* 41. *supr. l. serui* 14. *de oblig. & act. l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* liberat ergo seruum à naturali obligatione, qua sola tenetur, & consequenter nulla superest obligatio pro qua fideiussorem dare seruus possit.

Dec. Cùm dominus actione de peculio conuenitur, licèt ex contractu serui conueniatur, non tamen pro seruo conuenitur, neque pro serui obligatione, sed pro sua propria, & ex eo iure, non quo seruus obligatus est, sed quo ipse dominus, id est tanquam dominus serui qui contraxit: nam quemadmodum filiofamilias contrahente duæ ex eo contractu nascuntur obligationes, ciuilis contra filiumfamilias, & honoraria contra patrem, illa in solidum, hæc de peculio, neque conuento patre liberatur filiusfamilias quominus adhuc in solidum conueniri & condemnari possit *l. si quis* 44. *supr.* ita & ex contractu serui æquè nasceretur ciuilis obligatio, si obligari ciuiliter seruus posset, *d. l. nec seruus* 41. *supr.* sed cùm non possit obligari, nisi naturaliter, eadem ratio habenda est naturalis illius obligationis, quæ haberetur, si ciuilis esset, vt non magis perimatur per actionem de peculio motam contra dominum quàm perimeretur ciuilis obligatio filijfamilias per actionem de peculio institutam contra patrem, idque est quod Papinianus ait, naturalem obligationem, quam etiam seruus suscipere videtur, id est cuius etiam capax est seruus *d. l. nec seruus*, (quomodo in *l. Pomponius Philadelphus* 35. *supr. famil. ercisc und.* idem Papinianus tractans de filiafamilias scribit *specie dotis cuius capax fuisset*) non videri translatam in litem, & vt benè Cuiacius explicat nouatam non esse, ita significans si nouata fuisset, & in litem cum domino institutam translata, aliud se responsurum fuisse, nec æquè admissurum, vt pro naturali illa obligatione serui quæ per nouationem illam, quamuis iudicialem extincta esset, fideiussorem dare seruus potuisset. Etsi enim differentia illa est inter nouationem voluntariam & iudicialem, quòd voluntaria dummodò legitimè facta sit non solùm ciuilem obligationem

nem

nem tollit, sed etiam naturalem, ita vt pignora quoque & hypothecæ per eam liberentur & vsuræ desinant currere *d. l. nouatione 18. de nouat.* Iudicialis verò non item quæ fit per litis contestationem, *l. lite 35. infr. de vsur. l. iudex 28. l. Iulianus 60. supr. de condict. indeb. l. grege 13. §. etiam de pignor. l. quamuis 8. C. eod. l. cùm stipulatus 90. de verb. oblig.* quia non solet deterior cuiusquam conditio fieri per litis contestationem: sed plerunque melior, cùm nemo persequendo causam suam deteriorem faciat *l. non solet 86. & seq. de regul. iur. l. aliã 28. de nouat. l. vltim. infr. de separat.* id tamen intelligendum est de ea contestatione, quam quis faciat pro seipso, non de ea quàm pro alio, quia per contestationem, quam quis pro alio facit, non tantùm simplex nouatio inducitur, sed etiam delegatio, non minùs quàm si delegaretur debitor per stipulationem *l. delegare 11. §. 1. de nouat.* delegatio autem non solùm semper nouatio est, sed etiam semper voluntaria, nunquam necessaria, siue per stipulationem fiat, siue per contestationem, quia litem & iudicium pro alio suscipere nemo cogitur: vnde est, quòd qui alium defendit cùm vltro se liti offerat nõ solùm satisdare cogendus est, quamuis locupletissimus sit & cuiuscunque dignitatis *l. qui proprio 46. §. qui alium, l. minor 51. §. 1. & legibus seqq. supr. de procur.* sed etiam executionem pati sententiæ *l. 4. infr. de re iudic.* quoniam alioqui impunè illusisset Prætori, & iudici, cùm accipiendo iudicium, pro alio etiam inuito eum liberauerit *d. l. solutione 23. de solut.* in quo miror tam grauiter errasse virum doctissimum, qui ad hãc legem notat, nouationem necessariam, quæ fit, inquit, iudicio accepto pro alio tollere ciuilem tantùm obligationem, non etiam naturalem, quasi hoc ipsum probetur ex hoc §. qui potiùs manifestè probat contrarium: nam si in hac specie dominus pro seruo suo, ac non pro seipso tantùm iudicium accepisset, non dubitaret Papinianus quin naturalis quoque obligatio serui in iudicium translata esset ac consequenter cuiusdam delegationis iure nouata & extincta, cuius proinde nomine, nec fideiussor accipi, nec soluti repetitio denegari potuisset: & in hoc duplex Cuiacij error est, vnus in eo quod vult iudicio accepto pro alio non tolli naturalem obligationem, alius in eo quod hanc nouationem necessariam vocat, quæ tamen cùm delegatio sit, est omnino voluntaria. Ratio igitur tota huius §. illa est, quòd docuimus in hac specie conuetus actione de peculio iudicium accepit pro seipso non pro seruo, vt æquè, malè idem Cuiacius putat, cùm ex contractu serui fuerit ipse ad hoc suo nomine obligatus de peculio *d. l. nec seruus*, eum verò qui pro seipso iudicium accipit constat fideiussorem dare posse non minùs post, quàm ante litem contestatam, quia & ciuilis, & naturalis subest obligatio, *leg. Græce 8. §. & post litem infr. de fideiuss.* Neutram enim perimit nouatio necessaria, nec magis ciuilem, quàm naturalem, vt locus ille omnium optimè contra Cuiacium probat, in hoc quoque malè locutum, quod non dubitat, quin per nouationem necessariam ciuilis obligatio tollatur, quæ tamen non tollitur, nisi per subsecutam absolutionem, idque non ipso iure, sed per exceptionem rei iudicatæ, quæ in hanc rem illo quoque casu necessaria est. Porrò naturalem obligationem in hoc §. subesse in persona serui, etiam post dictatam contra dominum actionem de peculio probat Papinianus hoc argumento, quod si post litem cum domino contestatam seruus creditori suo peculiari solueret, vtique non posset repetere, quia naturalem obligationem agnouisset, quæ impedit repetitionem soluti *l. fideiussor 16. §. naturales eod. tit. l. naturales 10. de oblig. & act. l. 3. §. vltim. supr. quod quisq. iur.* est enim duplex hic effectus naturalis obligationis inter alios plures, vt & soluti repetitionem impediat, & fideiussor ei possit accedere, non dissimilis Africani ratiocinatio est, in *l. frater à fratre 38. §. quæsitum vers. nam manere supr. de cond. indeb.*

3 ¶ Seruus alienus, cùm bonæ fidei seruiret mihi, nummos à Titio mutuatos, mihi dedit, vt eum manumitterem: & manumisi, creditor quærebat, quem de peculio conueniret? dixi, quanquam creditor electionem aliàs haberet, tamen in proposito dominum esse conueniendum: & eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset adquisita,[a] nec in eam causam alienata, quæ pro capite serui facta proponeretur. neque enim admittendum esse distinctionem existimantium [b] si non manumittam, domini pecuniam esse: manumissione verò secuta, videri pecuniam ex re mea, quæsitam mihi: quoniam magis propter rem meam, quàm ex re mea, pecunia mihi daretur.

Ad §. vlt. Seruus alienus.

RAT. DVB. Creditor serui alienati ex contractu, qui alienationem præcessit, habet electionem vtrum velit conuenire emptorem, actione perpetua de peculio, an venditorem actione annali ex edicto Prætoris, de quo *infr. tit. prox.* Creditor serui à domino manumissi, non aliam potest actionem habere de peculio, quàm contra manumissorem intra annum *l. 1. dict. tit.* Cùm manumissus à vero domino liber fiat, nec proinde dominum vllum habeat, nec possit ipse ex antegesto conueniri *l. 1. C. an seruus pro suo fact. l. eum actum 17. supr. de negot. gest.* at cùm seruus manumissus est à non domino, id est à bonæ fidei possessore qui dominus putabatur, sicuti constat non posse illum fieri liberum per huiusmodi manumissionem, ac proinde manere in dominio sui domini, ita nec eum ampliùs bona fide possideri ab eo qui in hunc vsque diem bonæ fidei possessor fuerat, cùm desierit bona fide possidere eum quem manumisit: sed cùm seruus hic nummos acceperit à Titio mutuos, vt eos bonæ fidei possessori, tanquam vero domino suo daret manumissionis gratia, negari non potest, quin contracti mutui tempore is qui nummos accepit bonæ fidei possessor fuerit, ac proinde ex eo contractu potuerit obli-

gari & conueniri de peculio, si quidem non minùs bonæ fidei possessor, quàm vetus dominus de peculio tenetur, quasi qui hac etiam parte domini loco sit: nam & fructuarius æquè de peculio tenetur *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *supr.* atqui etiam dominus de peculio tenetur, cùm ex edicto Prætoris actio perpetua de peculio, nonnisi contra dominos & parentes qui habent liberos, in potestate comparata sit, *l. 1. supr.* ergo habet creditor electionem vtrum velit de peculio conuenire, an dominum, an bonæ fidei possessorem, sicut & ex pluribus bonæ fidei possessoribus eandem electionem haberet, quem conuenire mallet *d. l. si ex duobus*, itémque ex pluribus fructuariis, vel ex pluribus eiusdem domini heredibus, vt scriptum est in *d. l. si ex duobus*, aut quem ex pluribus eiusdem serui dominis *l. & ancillarum* 27. §. *vltim. supr.* nam & vendito seruo, habet electionem creditor, vtrum malit conuenire, vt diximus, an emptorem perpetuò, an venditorem intra annum *d. l. si ex duobus* §. 1. *vers. quare circa venditorem, l. si creditor* 37. §. *penu. l. quoties* 47. § *si creditor suprà.* ergo in proposita specie, cùm seruus alienus qui bona fide mihi seruiebat, nummos à Titio mutuatos, mihi dedit, vt eum manumitterem, & manumisi posteà vindicetur à vero domino in seruitutem, dicendum est debere Titium habere electionem, an contra dominum agere velit, an contra me tanquam contra bonæ fidei possessorem: aut si qua ratio sit, propter quam, aut dominus solus teneri debeat, aut ego solus, an non multo æquius est me solum teneri, ad quem pecunia peruenit, quàm dominum, cui pecunia illa data non est, quæ nec fuit à Titio credita, nisi vt seruus manumitteretur, atque ita domini sui potestati, ac dominio subtraheretur? ex qua causa placet, nec si pecuniam dominus acceperit, non secuta manumissione, actione de peculio eum teneri *l. cùm seruus* 54. *inf. mandat.* vbi eleganter idem Papinianus noster ait, Prætorem, cùm proposuit edictum de peculio, de huiusmodi contractibus seruorum non cogitasse per quos seipsi mala ratione dominis auferunt, tantum abest vt verum esse possit, quod tamen Papinianus hic respondet solum dominum in proposito actione de peculio conueniendum esse.

DEC. Bonæ fidei possessor non alio iure, aut colore tenetur de peculio, quàm quia domini loco sit, & vt in aliis multis iuris partibus penè dominus habeatur *l. bonæ fidei* 48. *de acquirend. rer. domin. l. bona fides* 136. *de reg. iur.* ergo quo casu dominus ipse de peculio conueniri non posset, nec bonæ fidei possessor poterit, atqui dominus non potest conueniri de peculio ex eiusmodi contractu, quo seruus alicui mandauerit de semet emendo, à vero domino *d. l. cùm seruus.* Ergo nec bonæ fidei possessor, cui seruus nummos ab alio mutuatos dedit, vt se manumitteret, conueniri poterit de peculio à Titio, qui pecuniam in hanc causam credidit: etsi enim ponimus eum qui manumisit non fuisse dominum, sed tantùm bonæ fidei possessorem, seruus tamen qui eum credebat dominum, id egit proculdubio, vt se dominio eius subtraheret, alioqui non tam stultus fuisset, vt ei pecuniam in eam rem numeraret: ac proinde mala ratione, vt Papinianus loquitur in *dict. l. cùm seruus.* Non quia velit clam se domino subtrahere, vt malè interpretatur Cuiacius (quid enim clàm facit, in hac specie seruus qui illi ipsi quem dominum suum esse credit, pecuniam numerat, vt manumittatur? aut quid fieri clam potest inter volentes & consentientes?) sed quia libertatem sibi precio comparare vult, quam meritis tantùm & obsequiis parare sibi, & ad dandam eam inuitare dominum debuisset, quomodo Iustinianus noster scribit in *l. si quando* 35. §. 1. C. *de inoff. testam.* ex eodem Papiniano nostro, meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos esse quàm pactionibus adstringendos: est enim generaliter vera & verè aurea illa Marci Tullij sententia: malè rem agi cùm id quod virtute fieri debet (addamus *& fide & obsequio*) tentatur pecunia, eadem igitur ratio, qua mouetur Papinianus in *d. l. cùm seruus*, ne dandam putet emptori actionem mandati de peculio, contra verum dominum ex mandato serui qui se emendum mandauit, vt manumitteretur, fauet etiam bonæ fidei possessori ne possit conueniri de peculio à Titio qui seruo credidit nummos ipsi bonæ fidei possessori datos, vt ab eo manumitteretur: nam si Prætor non cogitauit de danda actione de peculio contra dominum ex contractu quo seruus domino suo se subtrahere voluerit, multò minùs cogitauit de danda ea contra bonæ fidei possessorem, eo ipso casu quo voluerit seruus se subtrahere bonę fidei possessori, qui dominus putabatur, quia nec de bonæ fidei possessore locutus est Prætor, sed tantùm de domino: at non fauet in hac specie ipsi domino, quia non id egit seruus, vt eius dominio se subtraheret, quem dominum suum esse ignorabat, ita fit, quod mirum est, & in quo Papiniani subtilitatem & elegantiam admirari licet, vt melior sit hac parte cōdicio bonę fidei possessoris quàm domini, & vt ea ipsa ratio quæ alias facit, ne dominus possit conueniri de peculio in specie *d. l. cùm seruus*, eadem in proposito suadeat, vt danda sit cōtra dominum: proinde sic habetur hoc casu bonæ fidei possessor pro vero domino, vt verus dominus pro non domino haberi videatur, nisi hactenus, vt de peculio teneatur creditori, quem alioqui in damno morari necesse esset, quòd certè esset iniquum: nam quemadmodum fieri nequit, vt idem seruus duos reuera habeat dominos *l. de hereditate* 19. §. *pater de castrens. pecul. l.* 5. §. *vltim. supr. commod.* ita nec vt eodem contractu duorum dominio se subtrahere voluerit, sed eius tantùm quem esse dominum suum existimabat. Eum igitur solum id est bonæ fidei possessorem cui vt manumitteret nummos dedit, de peculio non teneri oportet contra quem contractus ille ratione mala initus est, non autem verum dominum contra quem hic seruus nihil mala ratione fecit. Cessante enim ratione illa quæ dominum ab actione de peculio speciali quodam iure liberaret, relinquitur, vt ex forma edicti, & iure ordinario dominus conueniendus sit, quamuis bonæ fidei possessor pecuniam acceperit: quia scilicet non ideò acquisita est pecunia bonæ fidei possessori, cui seruus nihil potest acquirere, nisi vel ex re ipsius bonæ fidei possessoris, vel ex operis suis *l. acquiruntur* 10. §. *penultim. l. qui bona fide* 23. *in princip. l. seruus* 43. *de acquirend. rerum domin.* Hîc autem pecunia credita est seruo, non ex re bonæ fide possessoris, aut ex operis suis aliquid acquirere volenti, sed pro capite ipsius serui, hoc est, vt per manumissionem inciperet habere caput in ciuitate is qui antea nullum habebat: consequens igitur est, vt ea pecunia acquisita sit domino, quia quod seruus alienus bona fide possessus non potest acquirere bonæ fidei possessori necesse

esse est, vt domino acquiratur. Proinde dominum ipsum non bonæ fidei possessorem de peculio teneri cóuenit, quia is demùm de peculio teneri debet cui pecunia acquisita, non cui tradita est, sed domino succurretur data ei actione, ad exhibendum contra bonæ fidei possessorem, quam sine causa pecuniam hanc accepisse, nulloque iure manumisisse ex postfacto apparet. Tenetur enim ad exhibendum quisquis alienam rem tenet, cuius retinendæ nullum ius habeat, & quam si esset exhibita vindicare dominus posset, vt in proposito: est enim actio ad exhibendum præparatoria vindicationis *l. 1. l. 3. §. vlt. & pass. supr. ad exhib.*

a *Quæ ipsi esset acquisita.* RAT. DVB. Dominium non acquiritur, nisi per possessionem *l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquirend. possess.* dominia enim à naturali possessione cœperunt *l. 1. infr. ill. titul.* atqui per seruum bona fide possessum, si quid ei tradatur, sicuti non acquiritur possessio bonæ fidei possessori, si non sit, nec ex re eius, nec ex operis serui, ita neque domino, quia fieri nequit, vt per eum quem non possideo, acquiram possessionem *d. l. 1. §. sed & per eum*, ergo neque dominium *l. si seruus* 21. *de acquirend. rer. domin.*

DEC. Quod seruus bona fide possessus non potest acquirere possessori, acquirit domino *dict. l. acquiruntur* 10. *§. penultim. d. l. qui bona* 23. *§. si quis duobus eodem titul. l. §. de iis autem seruis instit. per quas person. cuique acquir.* scilicet quantum ad dominium, non quantum ad possessionem: dominij enim acquisitio tota ex iure pendet, possessionis autem ex facto, ideoque facilius est, vt ex iuris authoritate per seruum bona fide possessum acquiratur dominium domino, quàm vt possessio. Quamuis è contrario faciliùs amittatur possessio quàm dominium: amittitur enim possessio mala voluntate, dominium verò, non item *l. si quis vi* 17. *§. differentia de acquirend. possess.* & sicuti verum est, nihil commune habere proprietatem cum possessione, *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune eodem titul.* ita & alij modi sunt acquirendi & amittendi dominij: alij autem modi acquirendæ, vel amittendæ possessionis, vt benè hic Cuiacius contra Accursium disputat. Sed malè tamen respondet ad *d. l. si seruus*, loqui eam de acquisitione possessionis tantùm non dominij, ita quidem est in specie *d. l. 1. §. sed & per eum*, sed in *d. l. si seruus* de acquisitione dominij agitur, vt probant verba illa *nec meam fieri, quia seruum non possideam.* Respondere debuit eo loco Pomponium referre tantùm sententiam Proculi, sed tanquam singularem & ab aliis prudentibus, præsertim verò Sabinianis explosam, quod in libris nostris non est nouum, cumque non ita scribat Pomponius, *Proculus putat*, sed simpliciter *Proculus* ego sic accipio ac si scripsisset *Proculus putabat*, quomodo si scriptum esset, non dubitarem quin his ipsis verbis Pomponius innueret se Proculi sententiam non probare: sic enim alias prudentum sententias improbatas referre nostri, & hoc ipso refellere modestè solent *l. Papinianus putabat* 23. *de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. cùm hic status* 32. *§. siue autem eodem titul. l. lecta* 40. in illis verbis *quidam dicebat*, & paullò pòst *vt ille putabat, supr. de reb. credit.* iunge *l. si fideiussor* 9. *supr. de dolo, & l. Stichum aut Pamphilum* 95. *in fine princip. de solut. l. si venditor* 6. *§. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* Papinianus certè in hac specie cum Sabinianis consentit aduersus Proculum.

b *Neque enim admittendam esse distinctionem existimantium.* RAT. DVB. Cùm bonæ fidei possessor accepit pecuniam à seruo, vt cum manumitteret, si non manumisit, nulla equidem ratio esse videtur, quare pecunia eius facta dici possit, cùm fidem fefellerit, at cùm manumisit, & fidem quantùm in se fuit, impleuit, iniquum videtur non fieri eius pecuniam cùm per manumissionem illam licèt nullo iure factam amiserit, non dominium quod non habuit, sed possessionem, & cum possessione bonam fidem quam habuit. Proinde videtur eo casu pecunia illa ex re ipsius quæsita, quandoquidem quæsita est velut ex possessione serui quæ ipsius fuit, ergo admittenda est distinctio existimantium, si bonę fidei possessor non manumittat, domini pecuniam esse, manumissione verò, secuta pecuniam fieri manumissoris quasi ex ipsius re quæsitam, cùm seruus alienus bona fide seruiens acquirat suo possessori, ex his duabus causis, ex operis suis, & ex re possessoris, vt diximus.

DEC. Multum interest, an pecunia detur bonæ fidei possessori ex re, an propter rem ipsius, quomodo & in *l. penultim. in fin. de sepulchr. violat.* aliud est percipi, quid ex hereditate, aliud propter hereditatem, aut occasione hereditatis, vt loquitur Paulus in *l. debitor* 59. *in fin. ad Senatusconsultum Trebellian.* Aliud item haberi quid de bonis, aliud verò propter bona *l. 1. §. nunc videamus in fin. de coniung. cum emancip. lib. eius*, quæ datur pecunia propter rem bonæ fidei possessoris, non ideò & acquiritur, sed ea tantùm quæ ex re ipsius datur: in proposito autem pecunia, quæ pro capite serui data est à seruo, eique à Titio credita, non ex re possessoris, sed ob rem eius data est, id est, vt pro eo damno, quod allatura erat manumissio, pecuniam haberet, veluti in damni compensationem: non ergo vno casu magis, quàm alio pecunia fieri potest bonæ fidei possessoris. Obserua tamen quæstionem hanc non vlterius extendi quàm vt sciamus cuius sit hæc pecunia, an domini, an bonę fidei possessoris, non etiam, vt in actione de peculio, aliud vno casu quàm alio constituatur: nam etiamsi bonæ fidei possessori pecunia acquisita esset, non ideò tamen dari contra eum deberet actio de peculio, propter eandem rationem quam attulimus quod Prætor in proponenda actione de peculio non cogitauerit de iis contractibus seruorum qui mala ratione se dominis subtrahunt: non enim ob id minùs locum habet hæc ratio, quòd pecunia domino sit acquisita, vt constat ex *dict. l. cùm seruus.* Quanquam difficilius sanè esset, vt in huius §. specie danda esset contra dominum actio de peculio, si pecunia nec domino ipsi esset acquisita: quo enim iure teneretur: cùm creditor non aliter mutuum contrahat quàm si nummos faciat accipientis *l. 2. §. appellata supr. de reb. credit.* aut eius scilicet cui per accipientem acquiri potest: ita ergo fieret, vt neuter de peculio creditori teneretur, neque bonæ fidei possessor, quia seruus eius dominio se subtrahere mala ratione voluisset, neque dominus, quia ei pecunia acquisita non esset, atque ita miser creditor in damno moraretur, nisi diceremus dandam ei saltem condictionem, aut siue causa, aut ob causam dati causa non secuta, cùm manumissionis effectus nullus subsecutus sit, quomodo daretur ipsi manumisso si liber probatus posteà fuisset *l. 3. §. si liber homo*; vbi diximus *supr. de cond. caus. dat. caus. non secut.* nec sanè posset negari quin eo casu pecunia creditoris ad bonæ fidei possessorem sine iusta causa

peruenisset, quæ res ad condictionẽ ex æquitate inducendam sola sufficit *l. si & me, & Titium 32. supr. de reb. credit.* & ita Papiniani responsum, hoc certè valdè subtile explicandum esse arbitror, benè Cuiacius ad initium huius legis præfatus est, quoties in libris nostris nomen peculij occurrit, subesse semper nodum & scrupulum aliquem. Sed in huius potissimùm legis totius interpretatione versari mihi videntur potiores, quæ circa tractatum de peculio possunt occurere difficultates.

51. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

QVod debetur seruo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est: cùm & sumptus in petendo, & euentus executionis possit esse incertus: & cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis: aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit: ergo, si paratus sit actiones mandare, absoluetur [a]. quod enim dicitur, si cum vno ex sociis agatur [b] vniuersum peculium computandum, quia sit cum socio actio: in idem redibit, si actiones paratus sit præstare, & in omnibus, quod idcirco teneri dicimùs, quia habent actionem, delegatio pro iusta præstatione sit.

Ad l. Quod debetur 51.

RAT. DVB. Tanti condemnandus est dominus serui actione de peculio, quantum est in peculio tempore condemnationis *l. quæsitum 30. & l. prox. in princip. supr.* atqui quod debetur seruo ab extraneis computatur in peculio serui, cùm id etiam computetur, quod debetur à domino *l. quam Tuberonis 7. §. sed & id quod & seq. supr.* ergo dominus omnimodo condemnandus est ad quantitatem integram debiti, quod seruo ab extraneis debetur.

DEC. Id demùm in peculio computandum est, quod ita debetur, vt possit exigi, quia id demùm est, quod in effectu debetur: non autem omne quod debetur semper solidum exigitur, quoniam non potest fieri exactio sine sumptu non magis quàm sine lite, si cum perfido debitore res sit, qui vt plerunque fit, litigare malit quàm soluere, *l. minoribus 6. supr. de minor. l. 1. supr. de inoff. testam.* præter id quod euentus executionis potest esse incertus, cùm possit euenire, vt post condemnationem cùm executio iudicati facieda erit in bona condemnati non reperiantur bona, quæ capi & distrahi possint, sine controuersia *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione § si rerum § sic quoque & seq. infr. de re iudic.* aut quæ debitore latitante, possint ex edicto Prætoris æquè sine controuersia possideri *l. quamuis 13. de reb. author. iudic. possid.* quo casu inanis propemodùm est condemnatio, quæ executioni mandari non potest, cùm vigor sententiæ in executione consistat *l. si longis 7. C. de execut. rei iudi.* sed & cùm debitor condemnatus soluendo est, cogitanda tamen est mora temporis quod ex humanitate indulgetur condemnato ad soluendum *l. cùm militi 16. §. 1. inf de compensat.* quod ex lege primùm 12. tab. fuit mẽsis vnius, postea duorum, hodie quatuor mensium ex *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* præter moras quas habet exercitio ipsa iudicij *l. etiam 15. in princip. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* cogitandum item tẽpus quod necessarium est ad bonorum venditionẽ peragendam, si aliter iudicati executio fieri non possit *d. l. à Diuo Pio:* de hac enim venditione Scæuola loquitur, non de illa, quæ fit ex edicto Prætoris contra latitantem debitorem ex prima illa parte edicti, quæ mittit creditorem in possessionem bonorum debitoris, de qua in *tit. quib. ex caus. in poss. eat.* & quam sequitur ex alia parte edicti venditio bonorum *leg. Fulcinius 7. §. 1. l. pen. in fin. & pass. de reb. author. iudic. possid.* nunquam enim fit illa missio, neque venditio post condemnationem, sed contra eum qui ob hoc solùm latitat, ne in ius vocari & condemnari possit, vt diximus ad initium *l. prox. sup.* Scæuola autem hoc loco, non nisi de executione loquitur, facienda scilicet post sententiam & condemnationem latam aduersus debitores peculiares: quamquam nihil prohibet, etiam mitti dominum in possessionem bonorum debitoris peculiaris, si malit ille latitare quàm conueniri & condemnari: meritò igitur Scæuola respondet, non in totum condemnari dominum debere actione de peculio ad quantitatem, quæ ab extraneis debetur seruo, sed deductis sumptibus qui probabiliter fieri possunt in litem & inspecto dubio, non tam litis quàm executionis euentu, & mora temporis, quod in executionem, siue hoc, siue illo modo faciendam impendi oportebit: omnia verò hæc æstimanda sunt pinguiùs, & arbitrio boni viri, quoniam alioqui certa quantitate æstimari non possunt, simile est quod dicimus, si ea actione agatur ex qua fructuum restituendorum condemnatio fieri debeat, non alios tamen fructus intelligi, quàm qui supersunt deductis sumptibus necessariis ad fructus colligendos, & percipiendos, nec minùs in prædonis, quàm in bonæ fidei possessoris persona *l. si à domino 36. §. vltim. supr. de hered. petit. l. 4. l. vlt. in fin. de oper. seruor. l. quod in fructus 46. de vsur. l. 1. C. de fructib. & lit. expens.*

a *Ergo si paratus sit actiones mandare absoluetur.* RAT. DVB. Cauere bonus iudex debet quantum potest, ne ex primę litis materia noua & altera lis cõsurgat *l. 3. in fin. C. de fructib. & lit. expens.* diminuere enim lites debet, earumque materiam, non augere *l. quidam 21. supr. de reb. credit.* ideoque nimirum noluit Prætor in executione iudicati obligationes ex obligationibus fieri ne ex lite fierent lites *l. 4. §. Prætor ait infr. de re iudic.* & lædi creditur quisquis partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redigit *l. minor 40. supr. de minorib.* quidni ergo etiam is, qui pro pecunia sibi debita actionem suscipere cogitur? *l. eum à quo 16. Codic. de solut.* atquin absurditas, & iniquitas hæc emerget si domino conuẽto actione de peculio permittatur pro pecunia, quam creditoribus peculiaribus debet, nomina offerre peculiarium debitorum.

Quid

Quid enim aliud est mandare actiones, quàm mandare litem? ergo nec si paratus sit dominus mandare actiones absolui tamen debet cùm debitor sit pecuniæ non nominis alioqui permitteretur ei aliud pro alio soluere quod nisi volente & consentiente creditore nunquam licet *d.l. eum à quo.16.& seq.C.de solut.l.2. §. mutui datio supr. de reb. credit. l.si non sortem 26.§.si centum supr. de condict.indeb.* Dec. Multum interest an quis ex suo contractu præcisè & absolutè teneatur ad pecuniam, aut quid aliud præstandum. An verò non alia de causa quàm quòd aliquam aduersus alium habeat actionem. Priore casu idipsum præstandum est quod debetur, nec audiendus est debitor si pro re quæ debetur & petitur, litẽ offerat & actionem. Semper enim verecunda cogitatio est eius qui lites execratur & mauult re carere quàm litẽ habere *l.4.§.1.supr.de alien.iudic.mut.cauf.fact.* Posteriore verò quoties quis tenetur & conuenitur ob id tantùm quod contra alium habeat actionem æquum est liberari eum præstando actionem, & delegationẽ pro iusta præstatione esse vt Scæuola hic loquitur. Ne alioqui latiùs pateat effectus quàm causa, qua cessante & vtique effectus cessare debet. Sic in *l.quòd si in diem 16. §. vlt.l.item veniunt 20. §.ait Senatus 17.supr.de hered.petit.* Atqui dominus qui de peculio conuenitur, & cui obiicitur tantum esse in peculio, quãtum à debitoribus peculiarib.ei debetur non alia de causa cogitur eam pati computationem peculij, quàm quia contra eos debitores paratam habet actionem ex contractu serui, perinde atque ex suo proprio *l.nec seruus 41.supr.* Ergo audiendus est si eam actionem creditori peculiari mandare paratus sit. Ne aliter posito iure plus ei noceat quàm prodesse possit, quod habet contra alios actionem, quod periniquum esset, sic dicimus, eos qui propter rem aliquam onerati sunt vt quid præstent vel faciant, si rem illam derelinquere parati sint, semper audiẽdos esse tanquam qui plus etiam præstent quã debeant *l.15.cũ quo 7.in fin.infr.de aqua & aquæ plu. arcend.l.si absente 48.l.cùm fructuarius 64. supr.de vsufr.* derelinquit autem actionem is qui mãdat eam suo creditori per delegationem, cui nec magnam videri potest facere iniuriam cùm soluat etiam is qui reum delegat *l.quamuis 8.§.interdum infr. ad SC. Vellcian.§l. qui debitorem 18. infr. de fideiuss.* nisi quod delegationem pro solutione accipere creditor hoc casu cogitur, cùm alias non soleat nec possit fieri delegatio nisi volenti *l. 1. Cod. de nouat. & delegat.*

b *Quod enim dicitur, si cum vno ex socijs agatur.* Non tam hæc ratio dubitandi est quã obiectio quæ mouetur à Scæuola, & propter quam videbatur non magis audiendum esse hunc dominum qui pro pecunia creditoribus serui debita paratũ se dicat mandare actiones quas habet contra debitores peculiarios, quàm socium de peculio conuentum, quem suprà diximus in *l.si noxali 11. §.vlt.& l.seq.* condemnari posse de vniuerso peculio etiam quod apud socium sit qui non conuenitur. Nam si socius non alia de causa tenetur de peculio socij, quàm quia contra eum actionẽ pro socio habere possit *l. hinc quæritur 19.§.vlt.& l.seq.l.& ancillarum 27.§.vlt.& seq. supr. hoc tit.* Cur non similiter condemnamus dominum actione de peculio in solidum ob ea debita quæ à debitoribus peculiaribus debentur, tametsi actiones quas contra eos habet creditori mandare paratus sit? Argumentum est vt apparet à simili, ad quod respõdet Scæuola esse quidem ista similia, sed nõ esse verum quod obiectio supponit pro vero, socium conuentum actione de peculio ex persona & pro peculio socij non esse audiendum si pro pecunia actionem pro socio præstare paratus sit. Eodem enim res vtroque casu recidit, vt quia socius non alia de causa tenetur ex persona & de peculio socij, quàm quia pro sua indemnitate paratam habeat pro socio actionem, absoluendus sit si offerat delegationem, quomodo & in alijs omnibus generaliter euenit qui idcirco tantùm tenentur quod aliquam contra alios habeat actionem: ergo quod locis supradictis scriptum est posse socium de peculio quoque socij conueniri & contra eum cõputari debere vniuersum peculium ita accipi omnino debet & sub hac exceptione, nisi malit actionem pro socio quam contra socium habet creditori suo mandare, vt ad eos locos ex hac lege docuimus. Cæterùm caue ne putes hanc esse legis huius sententiã vt omni casu dominus conuentus actione de peculio audiendus sit si pro pecunia debita offerat cessionem actionum. Id enim tunc tantum obtinet cùm tempore condemnationis nihil aliud est in peculio quàm quod est in actionibus, vt alioqui vel omnino absolui, vel in minorem quantitatem condẽnari dominus deberet eo quod vel nihil prorsus vel minus foret in peculio: cùm enim huiusmodi nomina quæ in peculio sunt sola faciant, vt peculiũ aliquod sit, & vt de peculio conueniri & condemnari dominus possit. Æquum sanè est vt hoc demũ casu delegatio pro iusta præstatione sit, non etiam cùm ex peculio aliunde, & aliter quàm mandatis actionibus satisfieri creditoribus potest.

52. Pavlvs libro 8. Quæstionum.

Ex facto quæritur: qui tutelam, quasi liber, administrabat, seruus pronunciatus est: an, si conueniatur eius dominus à pupillo, (cuius quidem potiorem causam, quam creditorum ceterorum serui habendam rescriptum est) an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur? &, si putaueris posse deduci, an intersit, vtrùm, cùm adhuc in libertatẽ ageret, domini debitor factus est, an postea & an de peculio impuberi competat? Respondi. Nullum priuilegium præponi patri, vel domino potest [a] cùm ex persona filij, vel serui, de peculio conueniuntur. planè in ceteris creditoribus habenda est ratio priuilegiorum. quid enim, si filius dotem accepit, tutelam administrauit? merito igitur & in seruo, qui pro tutore egit, id rescriptum est [b]: & quia occupantis melior solet esse conditio, quàm cetero-

rum [c], inhibebitur actio. Planè si ex re pupilli nomina fecit [d], vel pecuniam in arca deposuit: datur ei vindicatio nummorum, & aduersus debitores vtilis actio: scilicet si nummos consumpserunt. hic enim alienare eos non potuit: quod & in quouis tutore dicendum est [e]. Nec tamen interesse puto [f] quando domino debere cœpit: vtrùm cùm in libertatis possessione esset, an postea. Nam & si Titij seruo credidero, eiúsque dominus esse cœpero: deducam quod priùs credidi, si conueniri de peculio cœpero. Quid ergò est? quia de peculio actio deficit [g] vtilis actio in dominum quasi tutelæ erit [h]: vt, quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur.

Ad l. Ex facto 52.

Ex facti specie, quæ initio huius legis proponitur tres Paulus elicit quæstiones: An si dominus conueniatur à pupillo ex causa tutelæ per suum administratæ toto eo tempore quo liber esse credebatur possit deducere quod sibi debetur. An si possit deducere distinguendum sit vtrum is seruus debitor domini factus sit cùm adhuc in libertate ageret an ex quo seruus pronunciatus est. An denique actio de peculio impuberi competat: debuerat verò hæc tertia præcedere, quia in actione demùm de peculio quæri solet de priuilegio domini in deducendo eo quod sibi debetur *l. depositi 5. §. vlt. l. sed si damnū 9. §. peculium & pass. supr. hoc tit. l. 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. act.* Respondet autem Paulus ad tres illas quæstiones eodem ordine, ad primam habere dominum deductionis priuilegium etiam aduersus pupillū, vt priuilegio pupilli præferatur: ad secundam nihil interesse vtrum seruus debitor domini sui esse cœperit, cum pro libero haberetur an cùm seruus iam pronunciatus esset & vtroque casu priuilegio deductionis pro domino locum esse ad tertiam actionem de peculio deficere, sed vtilem quasi tutelæ pupillo dandam esse in dominum ex administratione serui. Nos de singulis suo ordine videamus.

a *Respondi, nullum priuilegium præponi patri vel domino potest.* Responsio hęc est ad primam quæstionem. RAT. DVB. Pupillus habet priuilegium inter cæteros omnes creditores personalem duntaxat actionē habentes, vt omnibus præferatur, *l. dabimúsque 19. §. 1. & l. si negotium 23. infr. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 4. & 8. de priuileg. credit.* Persona enim pupilli digna visa est, quæ priuilegium hoc, & pręcipuum fauorē meruerit, vt Papinianus ait in *l. ex pluribus 42. de adm. tutor.* siue quòd in ea ætate non possit ipse sibi consulere in qua ignorat etiam illa quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* siue quod non eligat ipse sibi tutorem quomodo minor plerumque curatorem, sed in tutorem incidat, vt idem Papinianus eleganter ratiocinatur in *l. vlt. infr. rem pupill. salu. fore.* Quę ratio tandem fecit vt personale illud priuilegium pręlationis conuersum sit in priuilegium tacitæ hypothecæ à Constantino in *l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Quo exemplo Iustinianus etiam priuilegium illud tacitæ hypothecæ doti dedit, quæ olim non habebat nisi priuilegium personale *l. quæsitum 17. §. si spōsa & l. seq. de reb. author. iudic. possid. alias l. 2. & 3. de priuileg. credit. iunct. l. vnic. C. de rei vxor. action.* Nulla ergo ratio est vt dominus à pupillo conuentus vtatur priuilegio deductionis contra pupillum, eiq; præferatur præsertim cùm imputari possit domino cur non fuerit diligentior in perquirendo & vindicando seruo quem cùm passus est, gerere se pro libero & quasi liberum administrare tutelam pupilli, hoc ipso fecisse videtur vt in damnum, & captionē pupillus inciderit, cui è cōtrario nihil imputari potest. DEC. nullum priuilegium præponi patri vel domino potest non solùm si actione de peculio, sed & si qualibet alia actione ex persona filijfamilias vel serui conueniatur: sic enim generaliter Paulum scripsisse arbitror nō additis verbis illis, *de peculio.* Alioqui non esset accommodata responsio ad quæstionem, cùm in proposita specie non de peculio agi possit contra dominum, sed vtili quasi tutelæ actione, vt Paulus subiicit. Est quidem perrarū vt ex persona filiifamilias vel serui pater vel dominus conueniantur alia actione quā de peculio, quia in exercitoria institoria tributoria & quod iussū non tam ex filij vel serui persona quàm ex sua propria conueniuntur: ideoq; priuilegium in ijs nullum habent *d. l. 1. supr. de tribut. l. 1. infr. quod iuss.* Sed tamen accidit aliquando vt in specie huius legis, ideoq; generalius fuit proponenda regula nec ad actionem de peculio coangustanda, nisi dicamus quod probabilius est ideo adiecisse. Paulum verba illa de peculio, quia concepta erat quæstio in actione de peculio, cui licet in proposita specie locus non sit, sed actioni quasi tutelæ: similis tamen illa est actioni de peculio, quia & patrimonium quod hic seruus habuit cùm se pro libero gereret pro peculio accipiēdum est, vt Paulus tandem concludet. Ratio autem generalis huius regulæ illa est, quòd non tantùm in actione de peculio, sed etiam quoties alia qualibet actione conuenitur pater aut dominus ex persona filij vel serui solet esse melior condicio occupantis *l. si verò 10. supr. hoc tit. l. 3. supr. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Dominus autem semper occupasse ac cæteros omnes creditores præuenisse, & cum seruo suo prior egisse creditur, sibiq; soluisse tùm cùm cœpit ab aliis creditoribus conueniri *d. l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea supr. hoc tit.* In quo vno versatur totum priuilegium deductionis, nec quod te scriptū est, pupilli potiorem causam quàm cæterorum serui creditorum habendam esse, vsque adeò latè accipiendum est, vt dominum quoq; qui serui creditor est comprehendat. Planè extra dominum & in cæteris omnibus creditoribus habebitur ratio priuilegiorū *d. l. 3. supr. quod cum eo qui in alien. potest.* Idémq; in patre & filiofamilias seruādum erit, si fortè filius aut dotē acceperit aut tutelā administrauerit. Nam & dotis & tutelę priuilegia seruabuntur post patrē, id est, ita tamen vt patris primùm ratio habeatur, in actione scilicet de peculio, ex qua semper cōueniri pater potest ex quolibet contractu, vel quasi cōtractu filij, nō quomodo in specie huius legis dominus alia actione quā de peculio ex quasi contractu serui conuenitur. Idq; est quod Paulus hîc subiicit.

b *Meritò igitur & in seruo qui pro tutore egit id rescriptum est.*

ptum. est Scilicet vt cęteris omnibus serui creditoribus excepto solo domino pupillus præferatur. Ex quo apparet in præcedentibus illis verbis legis parentheſi circumſcriptis, *cuius quidem potiorem cauſam quàm cæterorum creditorum ſerui habendam reſcriptũ eſt.* dictionem *cuius* non ad dominum referendam eſſe vt putant qui in hanc rem citant *l. 1. de tribut. act.* ſed pupillũ cuius priuilegiũ fatetur Paulus ſeruãdũ eſſe inter cæteros ſerui creditores excepto domino.

c *Et quia occupantis melior ſolet eſſe condicio quàm cæterorum.* Senſus eſt in actione de peculio meliorẽ eſſe ſoluere conditionem occupantis quàm cæterorũ. Ideoq; conſequens eſſe, vt ſi non ſit in peculio niſi quantum neceſſe eſt vt domino & pupillo ſatis fiat inhibenda ſit perſecutio cæterorum & actio de peculio quia occupaſſe cenſentur qui priuilegium habent prælationis licèt nondum pupillus egerit. Itaque mallem hîc legere, *Et quia occupantis melior ſolet eſſe condicio, cæterorum inhibebitur actio*, delata dictione, *quàm* vt dictio *cæterorum* quæ ſequitur impleat ſententiam quæ alioqui manca eſſet illorum *inhibebitur actio.* Sic in *§. prox. infr.* dilata interim cæterorum creditorum actione.

d *Planè ſi ex re pupilli nomina fecit.* RAT. DVB. Nominibus ex re pupilli factus conſtat ſi pupillus ipſe ſtipulatus ſit acquiri ei directam in debitores ſuos actionem, vt & alij creditori cuilibet, ſi verò tutor ipſe ſtipulatus ſit ſiue pupillo ſiue ſibiipſi, vtilem actionem omnimodo acquiri pupillo *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod. l. 5. §. pen. ſupr. de conſtit. pecun. l. ſolutum 11. §. per liberam de pignor. act.* Sicut & ſi ſeruus publicus nomine pupilli ſtipulatus ſit *l. 4. in princip. infr. rem pupill. ſalu. for.* Omnimodo, inquam, id eſt non adhibita illa diſtinctione quam Paulus hîc adhibet an pecunia quæ mutua creditoribus data eſt extet an conſumpta ſit. Nam etiamſi extet vindicari tamen nunquam poteſt, cùm implicet contradictionem vt fiant nomina & debitores obligentur, itémque vt debitores obligentur nec tamen eorum fiat pecunia. Nulla ſiquidẽ alia ſubeſt cauſa contrahendæ obligationis ex mutuo, quàm quòd pecunia fiat accipientis *l. 2. §. appellata l. ſi ego 18. & paſſ. ſupr. de reb. credit.* Malè igitur Paulus hîc dat pupillo vindicationem nummorum extantium apud debitores, perinde ac eorum, qui in arca aliqua depoſiti ſunt, malè etiam non niſi vtilem actionem pupillo contra debitores cùm poſſit habere directam ſi eo ipſo ſtipulante facta ſint nomina, ſiue cum tutoris authoritate ſtipulatus ſit, ſiue abſque tutore, dum ne crediderit ſine tutore *l. obligari 9. infr. de author. tutor.*

DEC. Multùm intereſt an nomina fiant à vero tutore, an à falſo. Si à vero, id obtinet quod diximus vt quamuis pupillus nec crediderit ipſe nec ſtipulatus ſit, ſed tutor ſolus, dominium tamen nummorum in debitorem transferatur, tanquam qui ob hoc ipſum fiat debitor ac proinde vindicationem eorum nummorum nullo penitus caſu competere pupillo poſſe, id eſt, nec ſi debitores ſoluẽdo nõ ſint nec ſi tutor ipſe quoq; non ſit idoneus. Habet enim verus tutor alienãdorũ pupilli nũmorũ ius & poteſtatẽ ad nomina cõtrahẽda & bene tutòq; ſub vſuris collocandã pecuniã adeò vt imputetur ei ſi non collocauerit, & idonea nomina nõ inuenerit maximè ſi eodẽ tempore ſuã pecuniã benè collocaſſe arguatur: *l. tutor 13. §. 1. de admin. tutor.* At cùm à falſo tutore, etiã qui bona fide pro tutore geſſerit, nomina facta ſunt, fieri nequit vt dominiũ trãsferatur in accipiẽtes, quia nihil ex bonis pupillarib. alienare hîc poteſt, cũ nõ eadẽ ſit huius quæ tutoris rerũ pupilli adminiſtratio, inquit Celſus in *l. 2. de eo qui pro tutor.* Pecuniã igitur pupillarẽ quę alienata nõ eſt, & cuius dominiũ penes pupillũ manſerit, ab eo vĩdicari poſſe dicẽdũ eſt quãdiu extat apud debitorẽ. Multò autẽ magis ſi credita ſit ab eo quaſi tutore, quia tũ tutor neq; verè fuerit neq; eſſe potuerit, vt in ſpecie huius legis: ſeruus enim neq; tutor eſt neq; eſſe poteſt, nõ magis quã prętor, cũ prorſus incapax ſit eorũ omniũ quæ ſunt iuris ciuilis *l. 3. ſupr. de offic. prætor. l. ſi quis tutorẽ 22. infr. de teſtam. tutel. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Planè ſi pecunia illa à ſeruo tãquã tutore credita, à debitorib. cõſũpta ſit, dabimus pupillo vtilẽ in eos actionẽ nõ tã propter ſtipulationẽ falſi tutoris quomodo daretur ſi is verus tutor fuiſſet vt in *d. l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. d. l. 2. & 4. C. eod.* quã propter conſumptionẽ. Eſt enim cõſumptio modus nõ quidem acquirẽdi, aut trãsferẽdi, ſed amittẽdi dominij: quo amiſſo vtiq; vindicatio ſupereſſe nulla poteſt, quæ nec niſi rei extantis eſt. Cur verò directa actio dari pupillo hoc caſu nõ poſſit ratio nõ eſt obſcura, quia ponimus nõ ipſũ pupillũ fuiſſe ſtipulatũ, ſed falſum tutorẽ, qui etiamſi verus tutor fuiſſet directã tamen actionẽ ſuo pupillo acquirere nõ potuiſſet, ſed tantũ vtilẽ, vt iã diximus ex *d. l. 11. §. per liberã ſup. de pignor. act.* & alijs ſupradictis locis. Tutorẽ autẽ ipſum ſtipulatũ fuiſſe nõ pupillũ ex eo apparet, quod Paulus ponit à ſeruo tanquã tutore facta eſſe nomina. Is enim nomẽ facere dicitur, non cuius pecunia eſt quæ creditur, ſed qui eã dari ſtipulatur, cũ ex cauſa quoq; ſiue præcedẽtis ſiue ſubſequẽtis mutui interpoſita ſtipulatione, nõ cõdictio ex mutuo, ſed actio tãtũ ex ſtipulatione quæratur *l. cùm enim 6. iunct. §. 1. legis præced. ſupr. de nouat.* Sed etſi pupillus pecuniã credidiſſet, quia tamẽ ſine veri tutoris qui hîc nullus erat authoritate pecuniã ſuã alienare nõ potuiſſet *d. l. obligari*: neq; ex ſtipulatione quã nõ interpoſuiſſet, neq; ex mutuo acquirere ſibi actionẽ directã potuiſſet, niſi quod ſecuta cõſũptione nũmorũ poſſet obligatio cõualeſcere, & actionẽ directã parere, quia & à pupillo ipſo & ex eius nũmis mutuũ factũ fuiſſet, at ſi pupillus eã pecuniã ſibi reddi etiã non interpoſita tutoris authoritate ſtipulatus fuiſſet, dubitari non oporteret quin directã condictionẽ certi ex ſtipulatione haberet quę & ex omni valida ſtipulatione acquiritur, etiã quę ſine cauſa facta ſit, quãuis inefficaciter ob doli mali exceptionem quæ illo caſu datur obligato *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Cuius tamẽ exceptionis nullus in propoſito metus eſſe poſſet, cũ in dolo potiùs eſſẽt debitores qui ex ſtipulatione conuẽti pecuniã quã verè accepiſſẽt nollẽt reddere, eo prætextu, quòd ipſorũ fieri ea nõ potuiſſet, cũ tamẽ aut extãtẽ adhuc eã haberẽt, aut cõſumpſiſſẽt. Videtúrq; hic caſus notãdus valde tanquam ſingularis, in quo ex ſtipulatione interpoſita pecuniæ creditæ nomine, quæ non ſit in accipientem alienata datur ſtipulatori actio directa, eáque efficax, ſine metu exceptionis doli.

e *Quod & in quouis tutore dicẽdũ eſt.* Difficilis certè eſt hic verſiculus, nec video qua ratione explicari bene poſſit. Falſum enim eſt in quouis alio tutore, id eſt, etiã qui verus tutor fuerit idem dicẽdum eſſe quod hucuſq. dixit Paul' in eo ſeruo de quo tractamus, qui verè tutor nec vnquã fuit, nec eſſe potuit. Nã ſi referas ad verſiculũ proximè pręcedentem, *hic enim alienare eos nõ potuit*, falſiſſimũ eſt verũ tutorem nõ poſſe alienare nũmos, quos pupilli nomine cre-

diderit. Alioqui quomodo crederet? quomodo pupillo nomina faceret? quomodo lucra vsurarum pupillo acquireret? Adeò autẽ verè alienat pupilli nummos quos credit, vt etiamsi dari eos sibi stipuletur acquirat tamẽ pupillo vtilẽ actionẽ *d.l.2.quand. ex fact. tutor.* quam certè non posset ei acquirere, si nec dominium pecuniæ pupillaris in accipientem transferre posset: non enim hæc alienatio ex earũ numero est, quas oratio Seueri tutoribus prohibuit de qua in *l.1.infr. de reb.eor.qui sub.tutel.vel cur. sunt sine decret.nõ alien.* Nempe quia pecunia sterilis & fragilis ac lubrica res est, quæ cùm facilè amittatur, non facilè sine metu retinetur *l.si chorus 93.§.1.de leg.3.* & quã proinde pupillo vtilius est aut collocari fœnori vt vsuras pariat, aut in emptionẽ prædiorũ impendi vt fructuũ commodum pupillo acquirat *l. tutor qui repertorium 7.§.si post depositionem, & pass.infr. de author.tutor.* Rursus si referas versiculum hunc ad id quod paulo antè dictum est, si seruus hic quasi tutor fecerit nomina ex re pupilli dandam esse vtilẽ actionem in debitores scilicet, id est, ita demum si pecuniam consumpserunt, falsius est, factis à vero tutore nominibus requiri consumptionem pecuniæ ex parte debitorũ vt obligentur vtili actione: habet.n.pupillus vtilem omni casu, id est tum quoq; cùm tutor nõ pupillo, sed sibi ipsi stipulatus est siue adhuc extet pecunia siue iam consumpta sit, dummodò pupillus malit sibi gestum fuisse negotium quàm tutori *d. l.2. infr. quand. ex fact.tutor.l.2. & 4. C.eod.l.3.C.arbitr. tutel.* Falsissimũ denique extante apud debitores pecunia necdum consumpta posse pupillũ eã vindicare quasi suã, cùm à vero tutore fuit credita, quandoquidẽ hoc ipso fuit alienata vt probauimus. Ergo vel hic versiculus ita intelligendus est ac si Paulus post illa verba, *hic enim alienare nõ potuit* ita scripsisset *quommodo in alio quouis tutore dicẽdum esset posse illum alienare*, aut si cui nimis dura, quod non inficior, hæc interpretatio videbitur præsertim propter articulũ illũ ampliatiuũ, &, qui iuxta hunc sensum omnino expungendus esset, dicendum erit necessariò delendum esse hunc versiculum & non tam Paulo, quàm imperito alicui interpreti tribuẽdum existimanti non aliud à Paulo responsum fuisse in hoc falso tutore quàm quod in vero tutore respondendum esset ratione vtilium actionum dãdarum pupillo ex nominibus à tutore contractis, nec animaduertenti longè aliter Paulum in hoc falso tutore etiam quod ad vtiles illas actiones pertinet respondisse, quam quod in vero responderi oporteat, vt explicauimus: mihi tamẽ prior nostra emendatio cũ sua emendatiuncula magis placet qui video nõ esse nouas Paulo & insolitas huiusmodi obscuras & inuolutas locutiones: nec aliud certè Paulũ hîc velle quam si scripsisset quomodo potuerat apertius, *hic enim alienare non potuit quod quiuis tutor facere posset*, id est siue testamẽtarius siue legitimus siue datiuus, dummodò ritè datus sit etiamsi honorarius tantùm nisi interdicta ei sit administratio vel suspectus dictus sit *l.quòd si fortè 14. §. 1. & seqq. infr. de solut.* vbi dicitur omnibus his tutoribus rectè solui posse. Quid enim aliud est solutionẽ accipere quàm alienare debitorẽ? *§. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non.*

f *Nec tamẽ interesse puto*, hîc respõdet Paulus ad propositam secundo loco quæstionem quæ illa erat an quicquã interesset vtrum cœpisset hic seruus debitor esse domini sui iam eo tempore quo adhuc se pro libero gerebat an ex quo seruus pronunciatus fuerat: & ait nihil interesse quando domino debitor esse cœperit, vtrum cùm in libertatis possessione esset an posteà. RAT. DVB. Priuilegium quod habet dominus deducendi in actione de peculio id quod sibi debetur, non aliã rationẽ habet quã quia occupasse ac cæteros omnes creditores præuenisse intelligitur, priorq; cũ seruo suo egisse nec voluisse vt in peculio maneret id quod sibi à seruo suo deberetur, vt scriptum est in *d.l. sed si damnum 9.§.peculiũ & §.præterea supr. hoc tit.* Atqui nihil tale dici potest de domino serui pro libero se gerentis, quia quandiu seruus liber esse creditur potest vero iudicio tanquã liber homo conueniri ab eo qui dominus ignoratur: non potest igitur dominus habere priuilegium deductionis nisi de eo quod credidit postquã seruus hic talis pronunciatus fuit. DEC. Deductionis priuilegio tũ demum locus est cùm agitur de peculio: tum enim sibi soluere dominus creditur cũ incipit actione de peculio conueniri, vt scriptũ est in *d. §.præterea in fin.* Nihil ergo aliud inspiciẽdum est nisi an dominus creditor sit eo tempore quo ex persona serui conuenitur de peculio non etiã à quo tempore creditor esse cœperit. Nam & si seruo Titij inquit Paulus credidero eiusq. dominus esse cœpero, deducam id quoque quod prius credidi cùm incipiã de peculio conueniri: ergo & in proposita specie idem dicendũ erit, in qua hoc amplius est, quod non alieno seruo credidi, sed ei qui iã tũ re vera meus erat, quamuis liber esse putaretur.

g *Quid ergo est? quia de peculio actio deficit.* Responsio est ad tertiã quæstionem suprà propositam vtrum in hac specie competeret impuberi actio de peculio. Respõdet autẽ Paulus deficere actionẽ de peculio, sed vtilem quasi tutelæ actionem impuberi dandam esse.

RAT.DVB. Seruus nõ aliud patrimoniũ aut quasi patrimonium habere potest quàm peculium *l. depositi 5. §. vlt. l. hinc quæritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. in princ. l peculium & ex eo 39. l. quoties 47.§. vlt. supr.* Numquã enim capax est acquisitionis ne volente quidẽ domino, vnde est quod acquirit domino nõ solũ ignoranti, sed etiã inuito ex omnibus penè causis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruo 65. ad SC. Trebell.* Nec minus cũ se gerit pro libero siue bona fide siue mala quã si domino ipsi seruiret: nõ enim ob id minus seruus est quod non seruiat, cùm aliud longè sit seruire, aliud verò seruum esse illud facti, hoc iuris est. Tũq; duntaxat distinctionibus locus est, an domino acquirat seruus cũ alij quã domino bona fide seruit *l. qui bona fide 23. de acq.rer.dom.* nõ autẽ cũ se pro libero gerit. Atquin vbicumque peculium est ibi & actio de peculio esse potest: quippe quæ nihil aliud requirit nisi vt & is qui in potestate nostra est contraxerit & peculiũ eius aliquod sit eo saltẽ tempore quo res iudicatur. Ergo nõ videtur verũ quod Paulus respõdet deficere hîc actionẽ de peculio. DEC. Peculiũ nasci & ab initio esse nõ potest nisi quòd à domino ipso constitutũ sit. Pendet enim ex cõstitutione domini, & ex cõstituẽtis volũtate *l.4. in princ. l. quã Tuberonis 7.§. pupillum supr.* Nec potest incipere seruus peculiũ habere, nisi hoc volẽte specialiter domino. Atqui nõ potuit vlla volũtas domini interuenire, vt peculiũ ei cõstitueret quẽ seruum suũ esse ignorabat, quiq; eo tẽpore liber & paterfam. ac proinde peculij habẽdi incapax credebatur. Nõ ergo potuit seruus vllũ eo tẽpore habere peculiũ quod tale verè esset, quale esse necesse est vt actioni de peculio locus esse possit. Deficit ergo actio

actio de peculio defectu peculij, quamuis quicquid seruus tùm acquisiuit cùm se pro libero gerebat, domino suo acquisiuerit, etiā ignorans ignoranti, vt diximus, & inuito: non enim quicquid per seruū acquiritur domino statim peculiū est aut peculij, sed id solum quod dominus peculij esse voluerit & à rationibus suis expressa ac speciali voluntate separauerit *d.l.4.d.l.peculium 39.in fin.supr.hoc tit.*

h *Vtilis actio in dominū quasi tutelæ erit.* RAT. DVB. Hic seruus qui tutelā administrauit, cū verè seruus fuerit neq; tutor verè neq; quasi tutor fuit: nam & pro tutore gerere is demùm creditur, qui pro tutelæ actione conueniri potest quæ ipsa nihil nisi vtilis tutelæ actio est. Atqui cū seruo nulla actio est necesse potest *l.cū seruo 107.de regul.iur.* Cū domino autē etsi actio esse potest ex persona serui, vix tamen est vt ad actionem tutelæ vel quasi tutelæ id porrigi debeat, cùm nihil ipse gesserit, neq; geri mandauerit, adeò vt neq; si cauerit rem pupilli saluā fore, stipulatione prætoria possit tamē ex ea stipulatione aliter conueniri quā si gesserit ideóq; gerere cogendus sit *l.4.§. sed enim infr.rē pupill.salu.for.* DEC. Ob eā nimirū causā rescriptū fuit à Diuo Seuero dādū hoc casu iudiciū vtile in dominū, vt refert Vlp.in *l.1.§.proinde & si seru⁹ inf.de eo qui pro tutor.* quia directū certè cōpetere non poterat in eū qui neq; tutor fuisset, neq; quicquam gessisset, aut geri mādasset, nec tamen æquum esset sine auxilio manere pupillū cui nihil imputari posset, nō magis quàm magistratui qui bona fide tutorem dedisset eū quem videbat cōmuni omniū errore, & ciuem & patremf. haberi, vt nec subsidiariam in factū actionem in eū dari æquum esset *arg.l.3.sup. tit.prox.d.l.Barbarius 3.de offic.prætor.* Nec tamen erit hæc vtilis actio quasi tutelæ de peculio, quia peculiū reuera nullū est, vt diximus: sed habebit tamē hæc actio naturā actionis de peculio tanquā in eius locū subrogata, vt eandē deductionem æris alieni dominici, & priuilegiorū obseruationem patiatur, ratione illa quā Paulus adfert, vt quod hic seruus pro patrimonio habuit, peculiū ipsius esse intelligatur. Nā & effectu ipso à rationib. domini separatum fuit, cū nec seruus dominū se habere vllū putaret, si bona fide in libertate morabatur. Quòd si mala fide, & tanquā fugitiuus se pro libero gerebat, tanto minus peculiū à domino habuisse videri potest, cū in eo quoq; seruo cui dominus liberā peculij administrationē aliquādo cōcesserat, si posteà fugitiuus esse cœperit, administratio illa nō permaneat *l.libera, 48.supr.* Sed non eo minùs tamen dominū ex administratione huius serui vtili actione quasi tutelæ teneri æquū est, cùm damno domini eā administrationē cedere æquius sit, quā pupilli, vt quatenus per patrimonij sui acquisitionē seruus locupletiorem dominū fecit, catenus saltē obligare illum potuerit, quo admisso nō idcirco tamē damnū vllū domino infligitur, sed lucrum quod alioquin habere ei aufertur, ne in damno pupillus maneat, in quo aliter posito iure manere illū necesse esset, nō sine magna iniquitate *arg. l. quod autem 6. §.simili modo infr. quæ in fraud. credit.*

1 ¶ Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administrauerit: habenda erit ratio priuilegiorum in actione de peculio, dilata interim cęterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui priuilegium non habent, restituturi, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio priuilegij.

Ad §.1.Si dos filiofamilias.

Distingui solet hic §. à præcedente tota sententia huius legis, sed malè, meo iudicio. Est. n. eius velut appēdix potiùs & respōsionē cōtinet ad interrogationē quā Paulus in medio primi responsi sui interposuerat de filiofam.iis verbis, *Quid enim si filius dotē accepit, tutelā administrauit?* Respōdet autē id ipsū quod in seruo dixerat quātum ad deductionē eius quod patri filius debet, & quātū ad habēdā rationē priuilegiorū. Nisi quod dat pupillo actionē tutelæ de peculio in patrem quā nō dedit ex persona serui cōtra dominū, nempe quia filiusf. quāuis & liber, & ciuis Romanus sit, peculiū tamē & habere potest & habet de quo patrem obliget, nō etiā seruus qui pro libero se gerit, quādiu seruus ignoratur. Eadē igitur dubitādi & decidendi ratio est ad hanc sententiam quæ ad præcedentem, quoniam & eadē vtriusq. loci sententia est, nisi quod cùm in præcedentib. dixerit Paulus, quia melior occupātis cōdicio esse solet, inhiberi actionē cæterorū serui creditorū, nunc paullo aliter differri ait interim cæterorum creditorum actiones, id est quousq; satisfactū sit creditorib. priuilegiariis, qui licèt nōdū egerint, ob priuilegiū tamen quod habēt iā egisse ac priores occupasse intelliguntur. Sed idē vtriusq. locutionis sensus est. nā nec existimādū est in plurib. serui creditorib. quorū alij priuilegiarij sint, alij nō sint inhibendā absolutè cæterorum qui priuilegiarij nō sunt actionem sed, interim duntaxat, id est quousque priuilegiariis fuerit satisfactum, inhiberi porrò actionem hoc sensu, nihil aliud est quàm interim differri: aut si tamdiu expectare nolent ij qui priuilegium non habent, audiendi quidem erunt etiamsi priores agant nec ad aliud tempus remittendi. Sed ita demùm si parati sint cauere se restituturos quod acceperint si postea contingat inferri cum patre actionem priuilegij, hoc est contra patrem moueri actionem priuilegiariam vt in *l.sed si damnum 9 §.vlt.sup.hoc tit.* Etsi enim non solet locus esse interponendis cautionib. cùm vniuersum quod petitur debetur *l. quoties 47.§ si semel supr.* (quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio esse potuit) quia tamen fieri potest vt venientibus postea priuilegiariis nihil prioribus solui debuisse appareat, necessaria cautio est vt in *l. pen. supr. de hered.petit. l. dolo 41. infr. ad leg. Falcid.* ne alioqui moretur in damno pater qui neque recusare priuilegiariis posset, quominùs iis solueret, cùm etiamsi nondum egissent, occupasse tamen propter priuilegium existimarentur, nec repetitionem vllam habere aduersus eos quibus soluisset quoniam suum recepissent ex regula *leg repetitio 44. supr. de condict. indeb.*

53. IDEM libro 11. Quæstionum.

SI Sticho peculium, cùm manumitteretur, ademptum non est, videtur concessum. debitores autē conuenire [a] nisi mandatis sibi actionibus, non potest.

Ad l. Si Sticho 53.

RAT. DVB. Per manumissionem is qui seruus erat non tantùm fit liber & ciuis Romanus si plenam libertatem acceperit quæ hodie sola superest post sublatas ex Iustiniani constitutionib. cæteras species libertatis Latinam quæ & Iuniana & deditititiã. Sed etiam paterfam. Quisquis enim ciuis Romanus & masculus est cum aut patref. aut filiumf. esse necesse est *l. nã ciuiũ 4. sup. de stat. homin.* Nemo autem filiusf. est nisi quem vel natura vel adoptio talem fecerit *l. 1. & pass. supr. de adopt.* Atqui paterf. peculium habere nullum potest, quia eorum qui in aliena siue patria, siue dominica potestate cõstituti sunt ius illud singulare ac propriũ est *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam.* Ergo quoties quis manumittitur hoc ipso peculium ei adimi dicendum est cùm hoc ipso incapax fiat habendi peculij. Idq; non minùs si inter viuos manumissus sit quàm si in vltima voluntate, quamuis ea distinctio ponatur in *l. vlt. C. de pecul. eius qui libert. mer.* quasi melior hac parte condicio esse debeat eius qui inter viuos manumissus est quàm qui in vltima voluntate, cùm tamen constet pleniùs & fauorabiliùs interpretandas esse defunctorum voluntates *l. in testamẽtis 12. de regul. iur.* nec credibile sit heredi suo excepisse testatorem quod inter viuos nec sibi ipsi excepisse videretur. Mauult enim quisque sibi benè esse quàm alteri, certè quàm heredi cũ legatarium præponit quisquis legat *l. legatũ est 16. de legat. 1.* sicut & qui mortis causa alicui donat *l. 1. infr. de mort. caus. donat.* DEC. Seruus inter viuos manumissus cui peculium adẽptum non est quod ei cùm seruus esset, fuerat traditum, retinet illud ex pristini domini sui si non expressa saltem tacita voluntate, in cuius scilicet fuit potestate peculium illud adimere si voluisset, ac qui proinde non adimendo, videtur donasse quod donare tùm potuit *l. siue emancipatis 17. C. de donat. l. vlt. infr. de manumiss. quæ seruis ad vniuers. pertin. impon.* Nã & inde est quod Papinianus scribit in *l donationes 31. § pater infr. de donat.* Patrem qui filiæ quam habuit in potestate mancipia donauit & peculiũ emancipata non ademit videri ex postfacto donationem perfecisse. Quæ tamen quoties nulla olim erat interposita stipulatio nõ nisi traditione perficiebatur. Nec nouũ est vt etiam sine noua traditione nuda voluntas domini sufficiat ad rem trãsferendam velutì si quis rem quam tibi iam tradiderat ex causa non habili ad transferendũm dominiũ ex noua causa apud te esse patiatur: quamuis enim non ex ea causa tibi eam tradiderit eo tamen ipso quod patitur apud te esse statim acquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita tibi ex integro fuisset §. *interdum Instit. de rer. diuis. l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acquir. rer. domin.* donationis autem causa licèt minus fauorabilis facilè tamen præsumitur quoties alia interpretatio probabilior capi nulla potest cùm donari videatur id quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. de donat. l. donari 81. de regul. iur.* Præterquam si pupillus sit qui manumittit: hoc enim casu peculium non sequitur manumissum etiamsi apud consilium & tutore authore manumissio facta sit *l. pen. infr. de manum. vindict.* quia neq; pupillus neq; tutor eius donare quicquam potest *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tutor.* Extra casum *l. cùm plures 12. §. cùm tutor. eod. tit.* manumissionis factæ in vltima voluntate alia ratio est: non enim peculium quoque ad manumissum pertinet nisi ipsum etiam legatum sit *d. l. vniç. C. de pecul. eius qui libert. mer. l. 1. §. sed ne circa C. de commun. seru. manum. §. si peculium 20. versic. Peculium autem Instit. de legat.* Nempe quia licet defunctorum voluntates plenius interpretemur *d. l. in testamentis*, in eo scilicet quod legatum est non ita tamen vt supra quàm legatum est legatario concedamus non solùm quia in re testatoris non debemus esse liberaliores testatore *l. debitor 59. in fine principij l. facta 63. §. si sub cõditione infr. ad SC. Trebell.* sed etiam quia in dubio parcendum est heredi quem testator fortunarum suarum omnium successorem facit, vt quàm minimùm fieri potest onerarus cẽseatur *l. Sempronius 47. l. Titia 32. §. qui inuita de legat. 2.* Neque hoc casu factum vllum testatoris interuenit per quod peculium quoque tacitè traditum esse intelligatur. Cùm vltimæ voluntates traditionem nullam exigant ad transferendum dominium: sed sola legis authoritate ac potestate contentæ sint *l. 1. §. vlt. & l. 2. supr. de public. in rem act. l. legatum 80. de legat. 2.*

a *Debitores autem conuenire.* RAT. DVB. Debitorum peculiarium nomina à seruo ipso contracta sunt. Ergo non indiget mandatis sibi à domino actionibus vt debitores illos ex proprio suo contractu conuenire possit. Non enim solet actionum cessio esse necessaria nisi cùm ex alieno contractu vult quis agere vt in *l. si res 59. infr. de euict. l. vt fideiussor 39. de fideiuss. l. Modestinus 76. de solut. l. si res obligata 58. de legat. 1.* Alioqui quid dicemus si, quod aliquando euenit, totum peculium sit in nominibus vt in *l. quis ergo 16. in fin. supr. hoc tit.* An erit in potestate domini nolentis fortasse actiones mandare aduersus debitores peculiarios, vt manumissus cui peculium ademptum non est, nullum habere peculium videatur? An non multo iustius est, vt quia peculium ad eum pertinet, hoc ipso ius & potestatẽ habeat conueniendi peculiares debitores? siue totum peculium siue ex parte in actionibus consistat, nam & in actionibus nominibúsque debitorum perinde ac in corporibus bonorum mobilium & immobilium consistere peculium potest *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio supr.*

DEC. Cùm de cedendarum actionũm necessitate quæritur non tam inspiciendum est vtrum ex contractu suo vel alieno quis agat quàm quo iure, id est, an ex suo an ex alterius iure, & persona. Nemo enim ex alterius iure ac persona agere vnquam potest nisi ei cessę mãdatæq; fuerint actiones. Atqui peculiares debitores licèt ex ipsius serui contractu conueniantur, non tamen ex eo iure conueniuntur quod contra eos seruo competit; sed ex eo quod domino, quia ex contractu serui obligationes ciuiles & actiones omnes domino statim & ipso iure acquiruntur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Est igitur necessaria etiam seruo perinde ac alij cuilibet cessio actionum domini, vt peculiarios debitores conuenire possit quamuis ipse nomina fecerit. Nec potest eam cessionem recusare dominus, qui seruum manumittendo non adempto peculio etiam peculium ei concessisse ac donasse intelligitur. Et si recuset perinde ab eo manumisso conueniri poterit, atque ab alio quolibet creditore, cùm ex die manumissionis factus liber non minùs agere seruus possit quàm conueniri, nec minùs contrà dominum quàm contra alium quemlibet *l. filio 7. infr. vt legat. seruand. caus. caueat. l. 4. C. de obseq. patron. præst.*

54. SCA-

54. SCÆVOLA libro I. Responsorum.

Filiosfamilias vni ex heredibus prædia prælegauit, vt instructa erant, cum seruis. hi serui domini debitores fuerunt. quæsitum est an ceteris heredibus aduersus eum actio de peculio competat. respondit, non competere.

Ad l. Filiosfamilias 54.

RAT. DVB. Actio familiæ erciscundæ quæ inter coheredes competit, non tamen excludit actionem de peculio, nec impedit quominùs possint ipsi etiam inter se de peculio experiri *l. si quis seruum* 29. vbi diximus *supr. hoc tit.* quamuis in sociis aliud receptum sit vt socij inter se de peculio agere non possint *l. nam inter se* 20. *supr.* Non enim sociis bene comparantur coheredes inter quos communio quidem hereditatis est, sed societas nulla §. *item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quas. contr. nascunt.* Ergo & in huius legis specie, id est, si filiosfamilias vni ex heredibus pater prædia prælegauerit vt instructa erant & cum seruis qui debitores patris fuerunt, dicendum est cæteris coheredibus permittendum esse vt cum filiofamilias agant de peculio, tanquam diuisa ipso iure per legem duodecim tabularum peculiari obligatione inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus, perinde atque ab alio quolibet peculiari creditore conueniri hic filiusfamilias de peculio posset. Quid enim eius interest an à coheredibus, an à quouis alio creditore de peculio conueniatur? *arg. d. l. si quis seruum,* vbi Caius non valde dissimili argumento vtitur vt probet in eius legis specie actioni de peculio locum esse. Non enim negari potest quin coheredes isti creditores seruorum prælegatorum facti sint pro hereditariis portionibus. Cùm pro iisdem partibus successerint in iura defuncti qui creditor eorum fuit. Quidni ergo cæterorum creditorum iure vtentur vt de peculio quoque agere possint? Contra quem verò nisi contra filiumfamilias, eundémque dominum seruorum ex causa prælegati? An non enim quisquis est dominus serui & peculij, etiam de peculio tenetur? etiamsi dominium nactus sit titulo singulari, vt in emptore toties suprà diximus *l. si noxali.* 11. §. *pen. l. si ex duobus* 32. §. 1. *l. si creditor* 37. §. *pen. l. quoties* 47. §. *si creditor supr.*

DEC. Inter defunctum dominum, & seruos istos, quos filiofamilias vni ex heredibus prælegatos esse ponimus, nulla ciuilis obligatio contrahi potuit, quæ actionem aliquam pepererit, sed tantùm naturalis quæ per se nullam actionem potest producere *l. nec seruus* 41. *supr. hoc tit. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & act.* neque ex contractibus illis seruorum potuit dominus sibi ipsi de peculio obligari, quia non tantùm iuris ratio, sed ipsa etiam natura impedimento est quominus agere cum seipso quisquam possit *leg. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt.* Atqui non potuit lex duodecim tabul. transferre in heredes iure hereditario nisi id quod fuit hereditatis *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* nec alias actiones siue actiuas siue passiuas, nisi quæ vel ipsi defuncto, vel contra defunctum competierunt *l. vlt. & pass. C. de heredit. act. l. 1. C. si cert pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debiti vel credit.* Ergo sicuti nulla ex seruorum contractibus quæri actio de peculio potuit ipsi domino, ita neque ipsius heredibus vlla competet aduersus filiumfamilias coheredem, tametsi ipse dominus seruorum effectus sit, quandoquidem nec aliam quàm hereditariam de peculio actionem habere possunt, cùm non fuerint ex propria persona creditores. In quo maximè differt species huius legis ab illa de qua respõdit Caius *in d. l. si quis seruũ.* An ergo nihil eis proderit quod hereditario iure successerint in ius obligationis naturalis quæ fuerat defuncto acquisita; Imo proderit hactenus vt accepto inter coheredes omnes familiæ erciscundæ iudicio sicuti prælegatum seruorum filiusfamilias officio arbitri consequetur, ita & ex eo prælegato deduci patiatur id quod serui naturaliter domino suo debuerunt pro ijs scilicet partibus pro quibus ad eos pertinet hereditas in qua naturalis quoque obligatio illa inuenitur. *l. his consequenter* 18. §. *si filiusfamilias l. si filia* 20. §. 1. *& seq.* est enim deductio vnus ex naturalis obligationis effectibus, cuius etiã in iudicio familię erciscũdæ rationẽ haberi ab arbitro oportet *l. frater à fratre* 38. *versic. adeò vt si prælegatum* & §. 1. *& seq. supr. de condict. indeb.* de hoc tamen nihil hic Scæuola respondet, quia nec de eo fuerat interrogatus, sed tãtum an contra filiũ familias coheredem eundemq; prælegatariũ actio de peculio coheredibus competeret. Est autem solemne Scæuolæ vt numquã de alio respondeat quã de quo fuit interrogatus. Miror verò hoc ipsũ Scæuolæ responsum ijsdẽ ferè verbis repetitũ esse eâdẽ prorsus quæstione proposita, & eâdem responsione allata in *l. vlt. infr. hoc tit.* Vnde insigne exemplum & argumentum sumi potest aduersus mendacium Triboniani qui in constitutione illa de confirmatione Digestorũ ausus est affirmare nihil se in Pandectas contulisse quod redundans repetitum, & superfluum videri possit, tam verè quàm illud quod idem adiecit, nihil se in toto iure contrarium reliquisse.

55. NERATIVS libro I. Responsorum.

IS, cum quo de peculio agebam, à te vi exemptus est, quod tunc, cùm vi eximeres, in peculio fuerit, spectari.

Ad l. Is cum quo 55.

RAT. DVB. In actione de peculio spectandum est quid & quantum in peculio sit tempore condẽnationis *l. quæsitum* 30. *supr. hoc tit.* Atqui tempus quo quis per vim exẽptus est cùm in ius ad Prætorẽ vocatus esset, aliud semper est quã tempus condemnationis, quia semper vocatio in ius, & necessitas iudicio sistendi præcedit condemnationem, cũ actionum omnium instituẽdarum principium ab ea

edicti parte proficiscatur quæ est de in ius vocando, §. *omnium Instit. de pœn. temer. litig.* Condemnatio autem illa est, quæ liti & iudicio finem imponit, *leg. 1. infr. de re iudic.* Ergo non est inspiciendum tempus quo quis per vim exemptus est, cùm fortassis eo tempore nihil, aut minùs in peculio fuerit, quàm sit eo tempore quo agitur aut tempore condemnationis. Dec. Quoties quis eum qui in ius vocabatur vi exemit, quia fecit contra edictum Prætoris ne quis eũ qui in ius vocab. vi eximat, in eoq; grauiter deliquit actione in factum ex edicto illo tenetur quanti ea res est de qua controuersia est, ita vt etiamsi calumniator sit, eam tamẽ pœnam persequi possit *l. pen. §. 1. ill. tit.* ne quis eum qui in vocab. vi eximat. Proinde inspiciẽdũ est quãti ea res sit illo tempore quo reus vi eximitur, cùm nec pluris nec minoris ea res esse possit de qua controuersia est. Nam & in cautionib. iudicio sistẽdi causa interpositis quæ ad hanc partẽ edicti nõ pertinent, & ex quib. constat id quod actoris interest venire in æstimationem vt ex omnib. prætoriis stipulationib. *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* æstimatio illa eius quod interest referẽda est ad id tempus quo sisti reus debuit non ad id quo agitur, adeò vt nõ eo minùs cõdemnatio sequi debeat quod actoris iam fortè desierit interesse *l. qui autẽ 12. §. 1. supr. si quis caution.* Neque verò confundẽda est actio de peculio, cum actione illa quæ ex alio prætoris edicto competit aduersus eum qui vi exemit patrem vel dominum cum quo de peculio agebatur. Habent enim diuersas omnino causas, & separatas: Actio enim de peculio nascitur ex contractu. Illa verò in factum ex delicto, & in qua non de peculio quæritur, sed quanti ea res sit de qua controuersia est. Tanti autem esse intelligitur, quanti tunc fuit in peculio, non quanto pluris minorisve posteà esse cœperit. Non enim sicut actio de peculio recipit augmentum & diminutionem: quia & peculium ipsum suas habet accessiones & decessiones *l. si ex duob. 32. §. 1. supr. l. vlt. inf. tit. prox.* Ita & actio illa in factum ex edicto, *ne quis eum qui in ius vocab. vi eximat*, eiúsque condemnatio augeri ex postfacto potest vel minui, cùm relata sit præcisẽ ad tempus præsens quo vis fit, & ad nudam rei de qua controuersia est, æstimationem non ad id quod actoris interest. Quid enim potest interesse calumniatoris? Cui tamen pœnæ persecutionem dandam esse scriptum est in *d. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.*

56. Pavlvs libro 2. ad Neratium.

Qvod seruus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet & à debitore nihilominus debetur. Sed videamus, ne credendum sit [a] peculiare fieri nomen eius, pro quo expromissum est. Paulus. Vtique, si, de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

Ad l. Quod seruus 56.

Rat. dvb. Quod dici solet, ac verissimum est in actione de peculio id deduci debere quod ei debetur qui de peculio conuenitur, ita accipiendũ est si non hoc aliunde consequi dominus possit *l. si noxali 11. §. quod autem supr. hoc tit.* Atqui quod seruus meus pro debitore meo mihi expromisit nõ solùm à seruo meo debetur mihi, sed etiã à debitore pro quo expromissum est, quia nihilominùs remanet mihi obligatus, vt Paulus hîc fatetur. Non enim expromissio liberat debitorem nisi facta sit animo nouandi ac proinde per stipulationem, cùm nouatio non fiat sine stipulationem, cùm nouatio non fiat sine stipulatione, quæ porrò inter dominum & seruum vtiliter interponi nulla potest neq; ad obligãdũ seruo dominũ qui ita sibi ipsi obligaretur *l. si quis pro eo 56. §. 1. l. vbicunque 60. de fideiuss.* neq; ad obligandum seruum domino nisi naturaliter *d. §. 1. iunct. §. item inutilis Instit. de inutil. stipulat.* Constat autem ex inutili stipulatione nouationẽ contingere numquam posse. Legitimẽ enim & vtiliter factam eam esse necesse est, vt prior obligatio perimatur *l. 1. l. nouatione 18. de nouat.* Neque rursus verisimile est id agere dominum qui stipulatur à seruo vt per nouationem velit amittere ciuilẽ obligationẽ quã habet contra debitorem, vt acquirat sibi naturalem in seruum: ita enim faceret condicionem suam deteriorẽ. Proinde intelligẽda est hæc lex de expromissionẽ facta per nudum pactum quę nouationis vim habere non potest, & consequẽter nec expromissorem liberare. Cùm ergo prior meus debitor maneat mihi obligatus, atque ita indemnitatẽ consequi ab eo possim, nõ videtur mihi permittẽdum, vt quod mihi seruus debet ex sua expromissione deducam, in actione de peculio agente contra me alio creditore, *d. §. quod autem iunct. l. 4. § si opem ferenti supr.* Nisi fortè ponas debitorẽ meum non esse soluendo, vt quę mihi contra eum superest actio non nisi inanis & illusoria futura sit *l. nã is 6. supr. de dolo.*

Dec. Expromissio fit animo liberandi debitoris, & ea mente vt solus ille qui expromisit maneat obligatus: in quo differt expromissor à fideiussore, adpromissore, & alijs omnibus intercessoribus *l. & eleganter 8. §. seruus supr. de dolo. l. aliquando 13. infr. ad SC. Velleian. l. qui libertinus 37. §. vlt. de oper. libert.* Ergo quod seruus ex causa expromissionis domino debet eodem iure censendum est quo censeretur si per eam expromissionem liberatus debitor fuisset: nam quod non liberatur non fit ex voluntate serui vel domini, sed ex mera iuris ratione quæ inutilem facit inter dominum & seruũ stipulationem *d. §. itẽ inutilis Instit. de inutil. stipulat.* Iuris autem ratio nunquam debet damno afficere eum qui diligenter sibi prospexerat, vt acquireret ius deductionis, in quo plus cautionis sibi fore putabat quàm in actione contra pristinum debitorẽ exercenda *arg. l. 3. de separat. iunct. l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Nec potest ei imputari si pro actione elegerit deductionẽ *l. si noxali 11. §. pen. supr. hoc tit.* nec ei nocere quod debitor quẽ liberatũ volebat, non sit liberatus: non ergo ob id solũ prohibẽdus est vti iure deductionis quod debitorem adhuc habeat obligatum à quo indemnitatem consequi possit: præsertim cum fieri possit, vt eam indemnitatem consequi nequeat, fortè ob inopiam, vt diximus, debitoris, quæ distinctio non cadit in deductionem: semper enim seruus est qui deducit quia sibi ipse soluit, *leg. sed si damnum 9. §. præterea in fin. supr.*

neque

Neque ad hunc casum pertinere potest quod scriptum est in *d. §. quod autem.* Ratio certè subtilis est, nec ita facilè cuique obuia, sed digna quæ vel à Neratio, cuius est initium huius legis, vel à Paulo exprimeretur, nec ad torquendum ingenium nobis cogitanda relinqueretur. Sequitur.

a *Sed videamus ne credendum sit.* RAT. DVB. Nō potest fieri nomē peculiare nisi volente & cōsentiente domino cuius debitor fuit & mãsit ille pro quo seruus expromisit. Absurdum.n. est augeri peculiū serui ex re domini siue inuiti siue ignorãtis *l. peculium & ex eo 39. iunct. l. 4. in princ. supr.* quãuis aliquãdo possit peculium & crescere & minui ignorante quoq; domino augeri per accessiones partuum & fœtuū, minui verò intercidentib. reb. peculiarib. *l. peculiū nascitur 40. & l. nō solū 49. in princ. supr.* Atqui dominus qui pro debitore suo expromissorē seruum suum accepit, nō ideò amisit debitorē, neq; vt peculiare nomē eius fieret cōuenit. Ergo fieri nequit vt per solam expromissionem & hoc ipso fiat peculiare citra specialem aliquam domini voluntatem. DEC. Volūtas domini satis interuenire intelligitur, ad faciendum nomē peculiare, nō quidē hoc ipso solo quod seruū suum expromissorē accipit, sed tùm maximè cùm aliquo secum agente de peculio deducere vult quod sibi naturaliter debet seruus ex causa expromissionis. Nã cùm accipiēdo seruum suū in expromissorem id egerit quantum potuit vt liberaret debitorē eùmq; amitteret si mera iuris ratio nō obstitisset, & hodie vti velit priuilegio deductionis, nō alio colore quàm quia velit habere debitorē pro liberato, nulla ei certè fit iniuria etiamsi nomen illud peculiare fieri dicamus, nō solùm quia nihil iã eius interest, cùm per deductionem sibi satisfaciat, sed etiam quia hoc ipsum maluisse intelligitur. Ille igitur ipse est, qui facit nomen peculiare, vt Paulus loquitur, non paciscendo cum seruo quod Neratius sensisse aut saltem in dubio reliquisse videbatur, sed ducendo in actione de peculio id quod sibi debetur.

57. TRYPHONINVS libro 8. Disputationem.

SI filius, vel seruus, cuius nomine dumtaxat de peculio actum est, ante finitum iudicium decesserit: id peculium respicietur, quod aliquis eorum, cùm moriebatur, habuit.

Ad l. Si filius 57.

RAT. DVB. In actione de peculio inspiciēdum est quid & quãtū sit in peculio tēpore, cōdēnationis, nō autē quo agitur *l. quæsitū 30. supr. extra casum l. is cū quo 55. eod.* Ergo etiamsi seruus vel filius cuius nomine de peculio dūtaxat cōtra patrē vel dominū agebat ante finitū iudiciū decesserit, nō ideo peculiū illud inspiciendū erit ꝙ aliquis eorū cùm moriebatur habuit: sed quod erit tēpore rei iudicãdę, cùm nihil vetet etiã post mortē filijfam. vel serui crescere peculiū & cōdēnationis materiã in tēpus vsq; rei iudicãdæ vt in *l. Iulianus 17. §. 1. supr. de rei vindic.* vt puta per partus ancillarū & fœtus pecudū, aliásq; huiusmodi accessiones naturales si quæ sunt rerum peculiarium vt in specie *§. vlt. huius legis.* DEC. Morte filijfam. vel serui moritur peculiū ipsius *l. 1. infr. tit. prox.* Peculium verò mortuum nō potest crescere nec diminui, quia non entis, vt aiunt, nullæ sunt qualitates. Necessariò igitur inspiciēdū est tēpus mortis, quãdoquidem frustrà expectaretur tempus cōdēnationis. Sic dicimus in condictione triticaria inspiciendū esse tēpus cōdemnationis. Sed tamē si ante cōdēnationē moriatur seruus qui per triticariã petebatur, inspiciendum esse tempus mortis in ineunda serui æstimatione *leg. 3.* vbi diximus *suprà.* Quod tamen dicimus inspiciendū esse peculiū, quod fuit tēpore mortis filijfam. vel serui cuius nomine de peculio agebatur, an adeò strictè ac præcisè intelligi debet vt fructus, partus, fœtus, & aliæ accessiones naturales excludantur, quæ ante cōdemnationē posśūt emergere, an verò vt nō magis excludãtur quã in specie *d. §. vlt. huius legis, iūct. d. l. Iulianus 17. §. 1. de rei vindic.* Sūt qui putent, neq; accessionib. istis naturalibus augeri posse peculiū quod iã extinctū est, aliámq; lōgè rationem esse peculij legati extraneo de quo in *d. §. vlt. infr.* vbi nihil prohibet, inquiunt, peculiū augeri suis accessionib. naturalib. quia manet nec per legatum perit. Itémq; hominis mortui post moram de quo in *d. l. Iulianus §. 1.* quia cùm mora faciat, ne morte serui qui per actionem in rē petebatur, possessor liberetur ita & facere debet ne ab eorū quoq. fructuū præstatione liberetur quos percipere in tēpus vsq; rei iudicãdæ potuisset petitor si nec morã passus ille nec seruus mortuus fuisset, ac sanè ridicula videretur huius loci sententia si sic acciperetur, vt non aliter quàm per accessiones naturales augeri possit peculium & condēnatio peculij. Certū.n. est filiumf. vel seruum mortuum nihil amplius posse acquirere siue per stipulationem, siue per donationē aut per legatū, aut quouis alio modo. Qui ergo negat inspiciēdum esse aliud peculiū quàm quod filiusfa. vel seruus mortis tēpore habuit, videtur is negare habēdã esse rationē accessionū naturaliū quę post filijfa. vel serui mortē sua sponte superuenerint, vt scilicet non in maiorem quantitatem cōdemnari debeat actione de peculio quã quæ fuit mortis tēpore. Sed tamen cōtraria sententia verior est vt cōstat ex *l vlt. inf. tit. prox.* vbi scriptū est etiã postquam morte serui peculiū esse desiit, posse tamē huius quasi peculij naturales aliquas esse accessiones, & decessiones nos ibi dicemus. Quid ergo si nō de peculio cū patre agebatur, vt Tryphoninus in hac lege ponit, sed cū ipso filiof. in solidum ex *l. si quis 44. supr.* (nã in seruū quęstio hæc nō cadit, cū actione nulla possit conueniri *l. cū seruo 107. de regul. iur.*) An trãsferetur iudiciū in patrē? Trãsferetur vtiq;, sed nō in solidū at de peculio dūtaxat aut de eo quod in rē patris versū erit *l. tã ex cōtractib. 57. sup. de iudic.* In ea tamen actione peculiū perinde atq; in specie huius legis æstimabitur inspecto eo præcisè tēpore quo filius decessit, quia vtroq; casu eadem iuris ratio locum habet, cùm æquè moriatur peculium mortuo filio: mortuum autem peculium neque accessionem neq; decessionem recipere vllam possit nisi naturalem *d. l. vlt. infr. tit. prox.*

1 ¶ Sed eum, qui seruum testamento liberum esse iubet, & ei peculium legat, eius temporis peculium legare intelligi Iulianus scribit, quod libertas competit: ideóque omnia incrementa peculij quoquo modo ante aditam heredi-

tatem adquisita ad manumissum pertinere.

Ad §. 1. Sed cum qui seruum.

RAT. DVB. Cùm quęritur quid veniat in legatum testamento relictum, non aliud tempus est, quod inspici commodius possit quàm tẽpus testamenti *l. si ita 7. infr. de aur. & argent. legat.* Prudens enim testator quilibet cùm de rebus suis disponit, cũ maximè rerum statum intuetur qui est eo tempore quo testatur: alioqui nõ posset testari certo iudicio si in futurũ tempus quod semper incertũ est dispositionẽ suã cõferret. Ergo cũ dominus testamẽto suo seruũ suũ liberũ esse iubet, eiq. peculiũ legat, nõ de alio peculio sensisse videri potest, quàm quod sit tẽpore testamẽti, aut saltẽ mortis quo demũ tempore testamentũ cõfirmatur à lege, nec ratio vlla esse videtur ob quã inspici debeat tẽpus aditæ hereditatis nisi in verbis testamenti aliquid sit quod eam interpretationem suadeat. DEC. Legato peculio cum libertate nõ potest dies legati cedere ratione peculij quin cedat ratione libertatis: nõ enim seruus capax est legati quandiu seruus est, & antequàm nactus sit libertatẽ, & inutile fieret legatũ si eius dies cederet priùs quã libertatis *l. heredis 7. §. vlt. & l. seq. infr. quand. dies legat. ced.* Atqui legatũ libertatis nõ cedit nisi ab adita hereditate, vt ibidẽ scriptũ est & in *l. vnic. §. libertatib. Cod. de caduc. tollend.* quia cũ libertas semel acquisita retractari nunquã possit, eueniret alioqui, vt etiã nõ adita hereditate libertas quæ semel cõpetiisset, non desineret cõpetere, cùm tamẽ hereditate ex testamẽto nõ adita, nõ magis libertates testamẽtarię valere possint, quã legata cætera eo testamẽto relicta *l. si nemo 9. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur. l. generaliter 24. §. ex testamẽto de fideic. libert.* Ergo nec legati peculij dies cedet ante aditã hereditatẽ. Proinde cũ eius tẽporis peculiũ legatũ intelligatur quo libertas cõpeteret, consequẽs est vt illud demũ legato cedat quod hereditatis aditæ tẽpore inuenietur. Et ita ex Iuliano Tryphoninus hic scribit, & Vlp. qui eã Iuliani sententiã apertiùs proponit in *l. deniq. 8. §. vlt. inf. de pecul. legat.* qui locus cum hoc §. *& seq.* coniungendus est. Ergo incremẽta omnia peculij si quæ ante aditã hereditatẽ quoquo modo acquisita sint, ad manumissum pertinebũt, & è cõtrario si quid interim ex peculio deminutũ fuerit, dãno cedet legatarij: alia ratio est legati, cuius verba ad ipsum testamẽti tẽpus relata sint, vtputa si testator pronomine possessiuo vsus sit, vt in *l. si ita 7. de aur. & argent. legat.* Possessio enim nisi præsentis tẽporis nulla est. Alia itẽ ratio legati fundi vti instructus est: nã & eo casu verba ad testamenti tẽpus relata faciunt vt testamẽti tẽpus inspiciẽdũ sit nõ quo dies legati cedit, hoc est, mortis. Ita scilicet vt quæ post testamẽtũ instruendo fũdo accesserũt nõ cedãt legato: quæ verò testamẽti tẽpore in fũdo fuerũt, vt esset instructior, ita demùm debeãtur si in tẽpus vsq; mortis & cedẽtis legati in eadem causa mãserint, quia instructi appellatio vim quãdã habet extensiuã, nec instructi nomine venire potest id quod instructus esse fundus viuo testatore desiit. Et hæc Scæuolæ sententia & ratio esse videtur in *l. Lucius 28. infr. de instruct. & instrum. legat.* vbi hanc ob causã malo legere, *fuit* in illis verbis, *ea quibus instructus sit fundus*, nisi malis supplere quib. instructus sit fundus tempore scilicet testamẽti, ne alioqui frustrà sint addita quę sequuntur, *quæ sint in eadem causa:* quibus verbis aliud proculdubio tẽpus significatur, quã quod priorib. expressũ fuerat. Quod adnotare placuit, ne quis putet in legato fundi instructi, cùm quęritur quid eo cõtineatur, tẽpus illud inspiciẽdũ esse quo dies legati cedit: quod certè falsũ est. Præsertim cùm legatum non fundi instructi simpliciter relictũ est, sed his verbis, *vti instructus est*, quomodo legatũ fuisse in specie *d. l. Lucius*, apertè scribit Scęuola, cũ ait Luciũ Titiũ legasse fũdũ vti instructus erat.

2 ¶ At si quis extraneo peculiũ serui legauerit, in cõiectura volũtatis testatoris quæstionẽ esse, & verosimilius esse id legatũ, quod mortis tẽpore in peculio fuerit: ita vt, quæ ex rebus peculiaribus [a] ante aditam hereditatẽ accesserint, debeantur: veluti partus ancillarũ, & fœtus pecudum. quæ autẽ seruo donata fuerint, siue quid ex operis suis adquisierit: ad legatarium non pertinere.

Ad §. vlt. At si quis extraneo

RAT. DVB. Cùm peculium extraneo legatum est nihil vetat eam accipi interpretationẽ vt id demùm peculium legatũ intelligatur quod fuit tẽpore testamenti, cùm cesset hic ratio quã attulimus ad §. *præcedentẽ:* ibi enim legatũ fuerat peculiũ cũ libertate seruo testatoris, cuius legati dies nõ poterat cedere nisi ab adita hereditate quod hîc non contingit.

DEC. Quęstio hęc tota posita est in cõiectura volũtatis testatoris ex qua pẽdet sine dubio an testator legatũ retulerit ad tempus testamenti, an ad tempus mortis, an ad tẽpus aditę hereditatis. Nec dubitãdũ est, quin eius temporis ratio habẽda esset de quo testatorẽ sensisse appareret, cùm ratio iuris non repugnet. Voluntas enim testatoris in vltimis volũtatib. illa est quę totũ facit *l. si mihi 12. in fin. de legat. 1.* Sed in dubio tamen nihil melius dici potest quàm vt testator legãdo peculiũ extraneo nõ de alio peculio senserit, quàm quod futurum sit tẽpore cedẽtis legati? quod demũ tẽpore incipit legatũ deberi nõ à tẽpore testamẽti *l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. toll.* Atqui legati huius dies cedit tẽpore mortis testatoris vt cęterorũ legatorũ omniũ si ea excipias quę nõ cedũt nisi ab adita hereditate, & quãuis regula Catoniana velit inspici tẽpus testamenti cũ quęritur an legatũ valeat, vt nõ aliter valere id patiatur moriẽte quandocunq. testatore quàm si fuerat valiturũ si ipso testamẽti tẽpore testator decessisset, extra ea legata quorũ dies nõ cedit nisi post aditã hereditatẽ *l. 1. & 3. de regul. Caton.* nõ tamen confũdit tẽpora testamenti & mortis quę reuera sunt distincta, nec facit vt legatorũ dies cedat tẽpore testamẽti, sed tãtũ tẽpore mortis: alioqui inciperet legatũ deberi ab ipso testatore nõ ab herede quod esset ridiculũ & cõtra legati diffinitionẽ à Iustiniano traditã in *§. 1. Instit. de legat. l. hereditariarũ 40. infr. de oblig. & action.* Mortis ergo tempus in dubio hoc casu inspiciendũ esse testator voluit, nõ testamenti, nõ aditę hereditatis, & certè alia lõgè quęstio est, an legatũ valeat & quodnã tempus inspici oporteat pro validitate legati, alia verò quid & quantum legato contineatur: hęc enim posterior quęstio pręsupponit validitatem testamenti in necessarium antecedens.

a *Ita vt quæ ex rebus peculiaribus.* RAT. DVB. Videntur hęc inter se contraria vt in hoc legato peculij extraneo relicti inspiciendum sit tempus mortis,

mortis, vt proximè diximus. Et vt tamen ea quæ post mortem accesserunt peculio etiam ex rebus ipsis peculiaribus ante aditam hereditatem veluti partus ancillarum & fœtus pecudum legatario debeantur. Nam si mortis tempus inspiciendum est, vt est, omnia quæ post mortem accesserunt indistinctè ad heredem debent pertinere, exemplo eius quod dicimus, in ponenda ratione legis Falcidiæ mortis tempus præcisè spectandum esse, ideóque lucra fructuum partuum & fœtuum, cęteràsque accessiones, si quę sunt naturales non minùs quàm ciuiles ad heredem pertinere ad quem etiam damna pertinent, vt diximus ad *l. eo tempore 50. §. 1. supr. ex l. in ratione 30. in princip. & l. in quantitate 74. infr. ad leg. Falcid.*

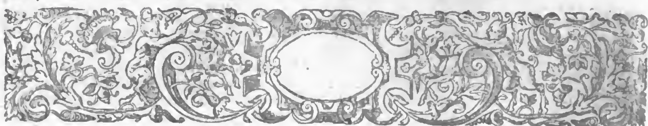
DEC. Aliud est quærere de rebus peculiaribus quæ veniunt in hoc legatum peculij extraneo relicti: aliud verò de earum rerum peculiarium fructibus & accessionibus naturalibus, in legatum non veniunt nisi res peculiares quę sunt in peculio tempore mortis, sed ea res non facit, quin peculium illud quod fuit mortis tempore augeri possit & debeat suis accessionibus naturalibus, quæ sponte sua ex rebus illis peculiaribus prouenerunt, quibus & fructus ipsi accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. vers. quoties infr. ad SC. Trebell.* At non potest augeri aliis accessionibus non naturalibus, sed extrinsecam aliquam causam habentibus puta si quid seruo post testatoris mortem donatum fuerit, aut ex operis ei usacquisitum. Non enim sunt istæ accessiones rerum peculiarium quæ in peculio fuerunt mortis tempore, sed nouæ res peculiares quæ posteà superuenerunt, & peculium auxerunt aliunde quàm ex ipso peculio, quę proinde inspecto mortis tempore in legatum peculij venire non possunt neque principaliter neque accessoriè. Etsi enim peculium sui natura recipit augmentum & diminutionem *l. si ex duob. 32. §. 1. supr. l. vlt. infr. tit. prox.* distinguendæ tamen sunt accessiones naturales rerum peculiarium ab accessionibus peculij. Peculium legatum augeri non potest post mortē quia præcisè tempus mortis inspicimus, sed res ipsæ peculiares quas in legato esse non ambigitur, augeri possunt per fructus & accessiones suas naturales, per quas ita fit, vt ipsum etiam legatum augeatur, quia & peculium augetur, non principaliter, sed accessoriè, & hæc quoque Iuliani sententia fuit ab Vlpiano latiùs relata in *d. l. denique 8. §. vlt. de pecul. legat.* Alia ratio est aliorum legatorum quæ sui natura certam habent & limitatam naturam, neque vt peculium recipiunt in se aliquod augmentum vel diminutionem: non enim possunt augeri, ne quidem per fructus, & alias huiusmodi accessiones naturales. Differunt namque fructus rerum à rebus ipsis, & qui legauit fundum Cornelianum non statim legauit eius fundi fructus sicut & aliud est quęrere de vsuris legatorum, aliud verò de vsuris ipsis legatis, inquit, Papinianus in *l. cùm vnus 10. §. 1. infr. de alim. vel cibar. legat.* Sed hereditas illa est quę augetur fructibus etiam rerum legatarum, quia recipit augmentum & diminutionem *leg. item veniunt 20. §. item non solùm supr. de hered. petit.* Ideóque cedunt accessiones illę omnes lucro heredis cuius etiam incommodo damna cedunt, sed ita tamen vt non idcirco augeatur vel minuatur Falcidia, quia non sicut hereditas ipsa ita & quarta Falcidia recipit augmentum aliquod, vel diminutionem *d. l. in ratione & d. l. in quantitate,* ne quidem ratione peculij *d. l. eo tempore 50. §. 1.* vbi fusiùs diximus *supr.* Obseruandum tamen est legatum hoc peculij quod per naturales suas accessiones augeri diximus, ad aditam vsque hereditatem, recipere etiam diminutionem si fortè res peculiares post testatoris mortem interciderint, neque cogendum esse heredem pręstare fatum rerum peculiarium quę mortis tempore in peculio fuerunt, si modò sine vlla ipsius culpa & citra moram perierint, cùm peculium sui natura non minùs capax sit diminutionis quàm augmenti quandiu durat, quomodo durat certè hoc casu cùm legatum est: non enim sicut serui ita & patrisfamilias morte peculium moritur & extinguitur. Vbi verò extinctum est, adhuc augmentum exinde recipere potest & diminutionem, sed non nisi per accessiones naturales, non etiam per extrinsecas & ciuiles, *l. vlt. infr. tit. prox.* vbi dicemus, & iam diximus ad initium *huius legis.*

58. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

VNi ex heredibus prædia legauit, vt instructa erant, cum seruis, & ceteris rebus, & quidquid ibi esset. hi serui domino debitores fuerunt tam ex aliis causis, quàm ex ratione Kalendarij. quæsitum est, an ceteris heredibus aduersus eum pecuniæ ab his debitæ actio de peculio competat? respondit, non competere.

Ad l. vlt. Vni ex heredibus.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quę ad *l. filiofamilias 54. supr. hoc tit.* Eadem enim vtriusque loci sententia est & ex eodem Scęuola iisdem ferè verbis repetita, licèt illa ex libro primo Responsorum Scæuolæ desumpta, hæc ex libro quinto Digestorum, nisi quod hæc ponit seruos debitores fuisse domini sui tam ex aliis causis, quàm ex ratione Calendarij, illa simpliciter ponit fuisse debitores. Sed nihil addit hæc adiectio ad rationes dubitandi & decidendi. Obseruari autem ex his duobus locis potest, Scæuolam aliquando in libros suos Digestorum eadem illa retulisse quæ in libros Responsorum, quod etsi ab aliis plerisque prudentibus factum comperio, nescio tamen an Papiniano nostro tale quid vnquam exciderit, Iunge *l. pen. & vlt. infr. de in rem verso.*



QVANDO DE PECVLIO ACTIO ANNALIS EST.

Ad TIT. II.

1. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

PRÆTOR ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, posteáve, quam is emancipatus, manumissus, alienatúsve fuerit: dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quo minus peculij esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit* [a], *iudicium dabo.*

Ad l. 1.



FVIT superior Titulus de actione de Peculio perpetua quam Prætor ex contractibus filiorúmfamilias vel seruorũ aduersus parentes aut dominos promiscuè pollicetur. Hic titulus est de eadem quidem actione de peculio, sed annali, & quæ licet ex eiusdẽ Prætoris iurisdictione ex alia tamẽ edicti parte proficiscitur. Omnis enim actio de peculio honoraria quidẽ est, sed nõ omnis perpetua nõ omnis annalis. Refert autẽ Vlp initio huius legis verba Edicti quibus Prætor actionem hanc annalem inducit contra patrem & dominum iis casibus quibus filius emancipatus, vel seruus manumissus, aliena úsve sit. Ratio proponendi edicti non obscura est, quia per emancipationem filij, & manumissionem vel alienationem serui desinit pater, itémque dominus teneri de peculio cùm filio quidem emancipato vel seruo manumisso peculium nullum sit nec esse possit siue apud patrem siue apud filium factum patremfamilias, aut apud manumissum vel dominum (nec enim paterfamilias peculium habere potest *leg. vltim. in fin. Cod. de inoff. testam.*) seruo autem alienato sine peculio peculium quoque desinat esse peculium in persona prioris domini, nec alius proinde quã emptor idemq; dominus conueniri possit de peculio. Atqui nec emptor ipse aliter conueniri potest de peculio quàm si peculium aliquod sit apud emptorem. Ita ergo fieret vt hoc quoque casu creditores qui cum seruo ante alienationem contraxissent in damno morarentur si non iis prospexisset Prætor hac annali actione proposita & retento in obligatione adhuc intra annum venditore, posui alienatum seruum sine peculio, aut quod idẽ est deducto peculio, quia quãdo seruus vẽditus est cũ peculio & traditũ est peculiũ nulla de peculio actio est contra venditorẽ ne intra annum quidem *l. si ex duobus* 32. §. *vlt. supr. tit. prox.* quia nec dominus est, nec habet peculium, sine quo actio de peculio exerceri cum effectu non potest. Sed contra emptorem qui cùm & serui dominus sit & peculium habeat, conueniri statim & rectà potest. Extra hunc casum conuenitur etiam venditor de peculio, sed ex æquitate huius edicti, nõ ex summa ratione iuris Prætorij, quia mortuo, & extincto peculio actio de peculio superesse nulla potest. Quidni ergo, inquies idem edixit Prætor eo quoque casu quo dominus peculium ademerit? Nam & ademptione peculij non minùs quàm morte vel emancipatione filij, aut manumissione serui peculium moritur *l. peculium nascitur* 40. *in fin. supr. tit. prox.* Respondeo patrem vel dominum cùm filio aut seruo peculium adimit suo iure id facere, nec prohibendum esse quominùs impunè suo iure vtatur dummodò adimat bona fide non in fraudem creditorum nec dolo malo *l. 1. §. .l. interdum* 14. *infr. tit. prox.* Nam si dolo malo & in fraudem id faciat, dignus est qui eo nomine teneatur actione de peculio non annali, sed perpetua *l. summa cum ratione* 21. *supr. tit. prox.* At neque emancipatio filij neque manumissio serui solet fieri in fraudem creditorum, quoniam his modis pater vel dominus prior ipse fraudaretur, neque rursum seruus in peculio sui ipsius est *l. deposui* 38. §. *Stichus eod. tit.* filius verò familias multo minùs. Ideóque non potuit in hos casus illa cadere distinctio an dolo malo patris aut domini facta emancipatio vel manumissio sit, & consequenter æquum fuit indistinctè constitui, vt iis casibus pater vel dominus de peculio intra annum teneretur. Alienatio autem serui quamuis possit fieri dolo malo, & in fraudem creditorum, cùm tamen fit deducto peculio, quomodo fieri eam debere diximus vt actioni annali ex edicto locus esse possit, non potest videri fraus vlla interuenisse in peculio. Potest sanè dolo malo fieri omni casu; id est, siue mortuo siue emancipato filio aut manumisso vel alienato seruo, vt minus sit in peculio, eáque fallaciã fraudentur creditores, & idcirco benè Prætor in hoc edicto adiecit: *Et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est factum erit, quò minus peculij esset*, nimirum iis

rum iis casibus quibus proposuit prætor annuam hanc actionem. Nam si neque mortuus, neque emancipatus filius, neque manumissus aut alienatus seruus, sed peculium duntaxat ademptum dolo malo proponatur perpetua, vt dixi, debet esse actio de peculio non annalis. Quemadmodum & omnis actio de peculio cessat hoc casu si dolus cesset *l. quis ergo casus 16. supr. tit. prox. d. l. 1. §. 1. l. interdum 14. infr. tit. prox. iunct. d. l. summa cum ratione.* Videtur autem mihi Marcianus ad hoc respexisse in *l. peculium nascitur 40. supr. tit. prox.* vbi tractans de peculio mortuo ponit exemplum si peculium ademptum sit. Quamuis enim etiam morte & emancipatione filij & alienatione vel manumissione serui peculium æquè moriatur, ita tamen moritur vt beneficio huius edicti in annum vsque sequentem adhuc viuere existimetur, at cùm adimitur ita moritur vt nec viuere amplius fingatur.

a *In anno quo primùm de ea re experiundi potestas erit.* His verbis significatur annum hunc vtilem esse non continuum, & constare ex trecentis sexaginta quinque diebus vtilibus non continuis *l. 1. infr. de diuers. tempor. præscript.* vbi latiùs traditur quid sit experiundi potestatem habere. Posset autem hic annus dici, meo iudicio, non malè prætorius, quia pleræque omnes actiones prætoriæ annales vtili tantùm anno concluduntur, nec vlla est quæ continuo anno contenta sit. Vnde olim exortæ prudentibus multæ difficultates, cùm aliquando accideret vt in annum vsque decimum protraheretur, vt Iustinianus refert in *l. 1. in princip. C. de annal. except.* Sed de hoc alibi opportuniùs dicendum erit. Iunge *l. ei qui seruo 7. Cod. quod cum eo. l. Macedoniani 5. Cod. ad SC. Maced.*

1 ¶ Quamdiu seruus, vel filius in potestate est: de peculio actio perpetua est. post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatúsve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis.

Ad §. 1. Quandiu seruus.

RAT. DVB. Non debet esse in potestate debitoris vt lædat ius sui creditoris *leg. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* non magis quàm vt facto suo se liberet ab obligatione *leg. si seruum 91. §. nunc videamus de verbor. obligat.* Atqui lædit ius aduersarij pater aut dominus qui actionem de peculio qua tenebatur ex perpetua facit temporariam & annalem: interest enim creditoris perpetuam potius actionem habere ne tam facilè, tamq; citò exceptione annua repellatur. Porrò in potestate patris est vt filium emancipet aut non emancipet, & similiter in potestate domini vt seruum manumittat, vel non manumittat: nec enim aut filium emancipare aut seruum manumittere quisquam inuitus cogitur *l. liberum 28. l. non potest 31. supr. de adopt. l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de legat. 1.* vbi ratio redditur quia patria potestas inæstimabilis est *l. 4. C. de emancip. liber. l. si cui legatum 92. de condic. & demonstr. l. mulier 22. §. non est dubitatum ad SC. Trebell.* Non debet igitur ob emancipationem vel manumissionem à patre vel domino factam actio de peculio quæ erat perpetua fieri temporalis.

DEC. Nemo filium emancipat aut seruum manumittit vt creditorem lædat, nisi cùm manumissio fit in fraudem creditorum, quæ per legem Æliam Sentiam rescinditur *l. cùm hereditas 5. §. si Titius & leg. seq. & pass. inf. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Itaque si quando ex ea manumissione creditores lædantur, id nō principaliter fit, sed per cōsequentias, quæ in iure nostro attēdi nō solet *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Talē verò est cùm actio de peculio ex perpetua fit temporaria propter emācipationem vel manumissionem. Quis non enim iniquissimum esse fateatur eo siue metu siue prætextu prohiberi patrem vt filium emācipet, & dominum vt seruum manumittat? *arg. d. l. Iulianus 6. qui & à quib. manum.* vbi eleganter dicitur aduentitios istos casus non esse cōputandos. Et cùm nemo absurdum putet morte serui actionem de peculio fieri annalem ex perpetua si non facto domini, sed suo fato seruus perierit, nec illud quoq; absurdum videri debet idē contingere seruo manumisso, quia quantum ad subtrahendum domino seruum manumissio morti comparatur *d. l. Iulianus l. si mihi 92. de solut. l. inter omnes 46. in princ. de furt.* nisi quod non est in potestate domini vt non moriatur seruus. In potestate autem est vt nō manumittatur: sed neq; prohibendus est dominus ex seruo facere sibi libertum, neq; tam inhumane tractandus seruus cui peculium dominus concessisset, vt ob idipsum peculium manumitti prohiberetur, cùm ob eam maximè causam comparatum sit nomen & ius peculij vt ex bona frugaliq; serui administratione haberet ille vnde posset de domino benè mereri suisque meritis ingens illud libertatis beneficium tandem aliquando promereri. Pessima namque omnium condicio illa in seruo est vt manumitti non possit, atq; ita quod fauore coniuncto dominorum & seruorum inductum est, in eorum odium retorqueretur at rursus quia extincto per emancipationē filij vel manumissionē serui peculio afficeretur dāno creditor si actionē de peculio omnē amitteret, æquissimū tēperamētū prætor secutus est vt saluā quidē creditori actionē conseruaret, sed annalē nō perpetuā. Ita enim fit vt neuter lædatur vt in *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matrim.* nec tam de filij emancipatione aut de serui manumissione conquerendum creditor habeat, quā de seipso suāq; negligētia si intra annū vtilē non egerit. At eo casu quo per mortē filijfamilias aut serui & peculium & cōsequēter actio de peculio extinguitur, nō tēperamentum prætoris, sed beneficiū erga creditores singulare illud est, vt hoc quoq; casu nō minùs quā superiorib. actio de peculio intra annum conseruetur quæ ipso iure intercidit. Beneficij tamen ratio ex eadem æquitate proficiscitur, quòd casus filiifamilias vel serui non possit imputari creditori vt actionem sibi competentem contra patrem vel dominum amittere debeat, penes quos peculium manet quod filius aut seruus viuens habuerat, licèt apud patrem vel dominum amittat nomen peculij, vt in nomen & ius patrimonij transeat.

2 ¶ Annus autem vtilis computabitur. & ideo si conditionalis sit obligatio: Iulianus scripsit ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente.

Ad § 2. Annus autem vtilis.

RAT. DVB. Obligatio conditionalis quandocunq; existente conditione habetur pro pura, id est, perinde ac si ab initio pura fuisset, nec vllam conditionem habuisset, *l. potior 11. §. 1. vers. cùm enim, l. qui balneum, 9. infr. Qui potior in pignor. hab.* Id enim est quod nostri solent dicere conditiones quandocunq; existentes retrotrahi ad id tempus quo actus interpositus fuit. Vnde etiam est quod prudentes quoq; nostri solent dicere. In conditionalib. dispositionibus, quæ inter viuos fiũt inspici tempus dispositionis, nõ autem euenientis conditionis *l. si filiusfamilias, 78. de verb. oblig.* licèt in vltimis voluntatibus aliud sit, *l. quæ legata 18. de regu. iur. l. cum, qui 104. de condic. & demonst.* Atqui tractat hîc Vlp. de condicionali obligatione cuius conditio tandem extiterit, & quęstioni causam dederit. Annus ergo nõ ex die impletæ conditionis, sed ex die contractus computandus. DEC. Annus hic vtilis est, & ex ipsis edicti verbis non priùs incipit currere quàm ex quo creditori potestas experiundi fuerit, vt habent verba edicti posita initio huius legis, atqui nõ est potestas vlla experiendi ex obligatione cõditionali, antequã cõditio venerit. Tũc. n. deberi incipit & prius est vt debeatur, quàm vt peti possit cũ ex obligatione nascatur actio, *l. cedere diẽ 213. de verb. signific.* Ergo non nisi ex die conditionis impletæ potest hic annus currere. Nec si posteà conditio impleta sit quæ dispositionem ab initio purã facere videatur, retrofingi tamen potest creditor agere iam antè debuisse, aut potuisse cùm nemo sine actione agere possit, *l. si pupilli, 6. §. vlt. sup. de neg. gest.* longéq; aliud sit retrofingi actionẽ competiisse, quod iuris est: Aliud verò retrofingi ita cõpetiisse vt exerceri potuerit: in quo quia factum versatur, non potest fictio iuris eò vsque pertingere vulg. *l. deniq; ex quib. caus. maior.* Idẽ ergo est si obligatio in diem fuit, quod in obligatione conditionali, vt nec ante diei euentum annus incipiat currere, quia licèt inter diem certam & conditionẽ, hoc discriminis est, quod quæ sub conditione debentur nullomodo debentur ante conditionis euentum: quæ verò in diem promissa sunt, iam debentur & cessit dies quamuis nondum venerit, *d. l. cedere diem.* In hoc tamen conueniunt, quod non magis hæc quàm illa ante diem peti possunt, nec tantùm si dies certa expressa fuerit: sed etiamsi tacita insit *l. 2. §. si quis ita supr. de eo quod cert. loc.* Imò peioris conditionis sunt, quæ in diem certam quàm quæ sub condtione debentur, quòd si petas ante diem, malẽ agas & causa cadas: quia petis plus tempore, *§. si quis agens & seq. Instit. de action.* si verò petas ante conditionis euentum non tam malè agas quàm nihil agas, quia agis sine actione, *l. vnic. in fi. supr. quand. dies vsusf. legat. ced.* Itaque multò minùs imputari potest ei qui in diem creditor fuit, cur non citiùs egerit, quàm ei qui sub conditione cur non ante impletam conditionem: quia periculum pluris petitionis timere ille debuit, quod potuit incurrere. Hic nõ item, & quod nostri volunt condicionem quandocunq; existentem retrotrahi, non similiter ad certam diem protrahunt, vt ea quoque retrotrahatur, quia tempus diei vnius, alterius diei tẽpus & mẽsura esse nunquã potest *l. 3. l. si quãdo 8. l. si quis 13. §. iudiciũ inf. de oper. libert.*

3 ¶ Meritò autem temporariam in hoc casu fecit prætor actionem. nam cum morte, vel alienatione extinguatur peculium: sufficiebat, vsque ad annum produci obligationem.

Ad §. 3. Meritò autem.

RAT. DVB. Actio hæc de peculio, quam Prætor dat posteaquam filiusfamilias emancipatus est, aut seruus manumissus, vel alienatus, vel alteruter mortuus, rei persecutoria est. Quid enim aliud agit creditor qui proponit actionem de peculio etiam his casib. quàm vt suũ cõsequatur? Atqui regula est iuris Prætorij honorarias actiones quæ ad rei persecutionem dantur eas, & post annum dari & in heredem, *l. in honorariis 35. infr. de oblig. & actio.* Ergo & hæc quoque de pęculio, tanquam rei persecutoria post annum dari debet, sicut & contra heredem datur saltem intra annum, *§. prox. in fi. infr.*

DEC. Etiam honorariæ actiones, quæ rei persecutionem continent, anno tamen finiuntur, si quando ex singulari aliquo beneficio & priuilegio, non ex communi iure Prætorio competant, vt in exemplo quod adfert Paulus in *d. l. in honorariis*, de Publiciana, quæ rescissa vsucapione redditur: quia minùs fauorabilis est. Atqui actio de peculio quam Prætor dat ex hac parte edicti non cõpetit iure communi cùm siue morte, siue manumissione, siue alienatione serui, vt & emancipatione filijfamilias extinguatur peculium, ac proinde ipsa etiam de peculio actio, quæ nec est, nec esse potest vbicũque peculium, nec sit, nec esse possit *l. quæsitum 30. l. deposui 38. in princ. supr. tit. prox.* Abũdè igitur sufficere creditoribus debet, quod ad annũ vsque & obligationem & actionem hanc producat Prętor, non vt quasi extinctam ressuscitet, quod difficilius est, sed vt impediat ne simul cum peculio moriatur, quę alioqui moreretur, haud dubiè si prętorij edicti potestate non retineretur. Itaque redditur in hoc §. ratio, non cur Prætor actionem hanc annalem induxerit, sed cur annalem fecerit, quæ sui natura & ab initio perpetua erat. Est enim eadem ipsa actio & specie, & numero quæ contra patrem vel dominum ante mortem vel emancipationem filij aut manumissionem serui, vel alienationem ex prima & generali parte edicti competebat: quod verba illa huius §. ostendunt *vsque ad annum produci obligationem*, sed cùm esset mortalis actio non minùs quàm peculium, nullam creditori facit iniuriam Prætor, qui quo tempore moritura omnimodo erat actio eam non tam ex perpetua quàm ex mortua facit annalem.

4 ¶ Alienatio autem, & manumissio ad seruos pertinet, non ad filios. mors autem tam ad seruos, quàm ad filios refertur. emancipatio verò ad solum filiũ[a]. Sed & si alio modo [b] sine emancipatione desierit esse in potestate. annalis erit actio. Sed & si morte patris, vel deportatione [c] sui iuris fuerit effectus filius. de peculio intra annum heres patris, vel fiscus tenebuntur.

Ad §. 4.

Ad § 4. *Alienatio.*

RAT. DVB. Alienationis quidem nomen ad filiosfamilias nō pertinet, qui à patre alienari, nisi improbè & impiè non possunt, *l.1.C.de parent.qui fil.distrax.* excepto casu *l.2.eod.tit.* sed manumissionis tamen pertinere potest *l.1.& tot.titul.infr.si à parent. quis manum.sit*: nam cùm manumittere nihil aliud sit, quā de manu & potestate dimittere *tit.de libertin.apud Iustinianum*, potestatis verò nomen actiuè commune sit patri & domino, passiuè autem filio & seruo, *l.1.§.potestatis sup.tit.prox.* Quidni perinde filium manumittere pater possit, atque seruum dominus?

DEC. Dicitur quidem interdum manumitti etiam filiusfamilias cùm emancipatur, quia non fiebat emancipatio nisi per tres imaginarias venditiones, per quas necesse erat filium in seruilem imaginariā venditionem deduci *l.3.§.vltim.* vbi diximus *supr de capit. minut.* propter quam causam pater emancipando filium acquirebat sibi ius & nomen patroni in personam, & bona filij etiā ad petendā contra tabulas eius bonorū possessionē *d.l.1.§.si à parē.inf.si à parē.quis manum.sit.* Cęterū ex hoc tāto magis apparet, manumissionē propriā esse seruorū, emācipationē filiorū, cū filij nō alio respectu dicātur manumitti, quam quia seruorū imaginē quandā induūt in ordinē tamen, vt loquūtur, ad emancipationē. Itaq; valde impropriè & abusiuè quis hodie loqueretur qui emācipationē filijfam. manumissionis nomine donaret, quandoquidem veteres illæ omnes emancipationis solemnitates & imaginariæ venditiones sublatæ sunt per *l.vlt.C.de emancip.liber.l.vlt.C.de adopt.*

a *Emancipatio verò ad solū filiū.* RAT. DVB. Etiam seruo videtur cōuenire nomē emancipationis magis quā filio, si à nominis etymologia argumētari liceat, cū seruus etiā mancipij nomine vocetur, nō itē filius, & qui emancipatur quasi extra mancipij causam & fortunā cōstituatur. DEC. Nō à mācipio nomē emācipationis deductū est, sed à mancipatione, quia filij nō nisi trina mancipatione, id est imaginaria venditione poterant exire de patris potestate ex vetere illa l.12.tab. *Si pater filiū ter venūdederit*: filię verò exibāt vnica mancipatione, sicut & nepotes, ideoq; cùm emancipabantur, non rumpebant testamentum quomodo masculi *l.verum est 8.in princ.& §.1.infr. de iniust. rupt.* Emancipari ergo solus filius dicitur non etiam seruus, quia non sicut in emancipatione filij, ita & in manumissione serui mācipatio vlla interueniebat.

b *Sed etsi alio modo.* RAT. DVB. Cū de alicuius edicti potestate & interpretatione quæritur verba edicti maximè spectanda sunt, & ex iis diiudicandæ quæstiones *l.Neratius 11.sup.de seru.corrupt.& alibi paßim*: atqui edictū Prætoris cuius interpretationē facit Vlp. in hoc titulo nō nisi de emancipato filio vel mortuo locutū est: emancipationis verò nomine quis vnquā dixit alios tollēdæ patriæ potestatis modos contineri? Est.n. emācipatio proprius ac specialis quidā modus liberandi filij à patria potestate, nō generalis qui aliis quoq; modus cōuenire possit, in quib. scil. mancipatio nulla interueniebat *tit.quib.mod.ius patr.potest. to llit.inst.* DEC. Etiam edicta Prætorū pręsertim fauorabilia, vt sunt omnia & magnis rationib. æquitatis subnixa recipiunt facilè non modò interpretationē, sed etiam extēsionem ad omnes casus similes, id est, in quib. eadē vrgeat ratio æquitatis, ita vt dissimilitudinis ratio nulla reddi possit: adeoq; ꝙ magis est, etiamsi verba edicti taxatiuè cōcepta sint *l.1.§.hæc actio sup si mens.fals.mod.dixer.* nā & in iure ciuili passim idē obtinet, vt vbi eadem ratio est, ibi etiam ius idem constituendū sit *vulg.l.illud 32.sup.ad l.Aquil.l.3.§.vnde etiā inf.de iniust.rupt.* nemo aūt nō videt eandē planè rationē ęquitatis facere pro creditore filijfa. vt annalem istam actionē habere debeat contra patrem si filius aliter quàm per emancipationē exierit de patris potestate atque si fuisset emancipatus. Perinde namq; verū est sine vllo facto creditoris extingui peculiū, ꝙ penes eū fuerat cū esset in patris potestate, & peculiū esse desiit soluto quoquomodo vinculo patriæ potestatis: puta etiam sacerdotio vestali aut Flaminio diali, vt vir doctissimus, & de iure nostro adeò benè meritus Gotthof. hîc notat ex Aulo Gellio *lib.1.Noct.Attic.c.13.* Ergo & ad eos casus extendi hoc edictū poterit, puta si filiusfa. seruus hostiū factus sit & apud eos decesserit *l.2.§.1.infr. hoc tit.* aut si deportat⁹, quamquā hic casus morti similior videri potest quàm emancipationi, cū deportat⁹ in plerisq; ac ferè omnib. iuris partib. pro mortuo habeatur *l.1.§.pen. de bon.poss.contr.tab.l.4.§.si deportatus de bon.libert.l.Gallus 29.§.& quid si tantū de liber.& posth.* multoq; magis ille qui in veram seruitutem redactus est *l.intercidit 59.de cond.& demonst.l.seruitutē 209.de reg.iur.* nec tantùm in legum & creditorū interpretatione, id frequentissimū est, vt extensio fiat ad casus similes, sed etiam in vltimis volūtatib. putā si fideicōmissum alicui filiof. relictū sit in casū emancipationis, & is vel morte patris, vel quo alio modo de patria potestate exierit, vt in *l.mulier 22.in princ.& vers.Brasidas infr.ad SC.Trebell. iunge l.2.§.1.supr.quod cum eo qui in alien.potest.est.*

c *Sed & si morte patris vel deportatione.* RAT. DVB. Cas⁹ hic quo pater qui de peculio actione perpetua cōueniri poterat, decesserit, vel deportatus sit, nullo modo verbis edicti huius cōprehēsus fuit, vt neq; actio vlla de peculio annalis proposita cōtra heredē patris, multo minùs contra fiscū si nullo alio herede vel successore existēte ipse successerit, aut potiùs bona occupauerit, aut si pater non mortuus sit, sed deportatus, quo casu si ex deportatione, vt fieri solet bona publicata sint, non alium quàm fiscū successorē habere potest *l.relegat⁹ 14.§.1.& l.seq.inf.de interd.& releg.* Prætor.n. de morte tantū filij, vel serui locutus est, non de morte patris vel domini, & de annali actione cōtra patrē aut dominū dāda, nō cōtra patris heredem, aut contra fiscū: ergo ad hos casus protrahi edictū nō potest, dicendūq; potiùs esset, nouū edictū in hanc rem, aut saltem ꝙ aliquando à Prætorib. factū est, nouam clausulā, vt in edicto *de cōiung.cū emancip.liber.eius, l.qui duos 3.ell.tit.* DEC. Quę ratio facit, vt Prætoris edictū, quāuis non nisi de mortuo & emancipato filio locutū sit, ad alios tamē casus similes, mortis putà vel deportationis filij protrahatur, quia scil. eadē æquitatis ratio in omnib. locū habeat, eadē facit, vt mortuo quoq; vel deportato patre eadē annalis actio protrahēda sit ad illos casus, tanquā in quib. eadē æquitas locū sibi vindicet. Quid.n. refert an propter filij, an propter patris mortem aut deportationem creditor actionem postulet, aut debiti sui iacturam incurrat? Aut quid rursùm an contra patrem, an contra patris heredē, vel cōtra fiscum instituat actionē de peculio? Ac in herede qdē aperta iuris ratio est, quia cū in ius vniuersū defuncti succedat, nō alio ferè iure in omnib. quā defunctus censeri potest: in fisco autem licèt nō æquè sit vniuersalis successor, vt à creditorib. cōueniri directa actione possit: in eo tamē proximè ad heredē accedit ꝙ nō alia bona occupare possit, quàm quæ soluēdo sunt, & quæ supersunt deducto ære alieno *leg.1.§.an bona l.non possunt 11.infr.de iur. fisc.* Atque ita intelligi debet

quod hîc scriptum est heredem patris & fiscum de peculio intra annum teneri, non vt contra vtrumq; pari iure actio de peculio intra annũ dari possit, sed vt heres quidem personali actione de peculio cóueniri possit; fiscus verò nõ priùs peculium hoc possit occupare iure suo, quàm deductum sit ex peculio id omne quod creditoribus debetur dummodo intra annum venientibus: nunquam enim fiscus personali actione, tanquam heres obstringitur, quia reuera, nec heres est, nec heredis loco, sed vt Baldus & post eum cæteri interpretes solent dicere anomalus quidam successor.

5 ¶ In alienatione accipitur vtique venditor, qui actione de peculio intra annum tenetur.

Ad §.5. *In alienatione.*

RAT. DVB. Alienationis appellatione is demùm actus significatur per quem dominium transfertur *l.1.C.de fund.dotal.l.si fundum 16.infr.eod.ill.titu.l. alienationis 28.de verb.signifi.* atqui venditio non est ex iis contractibus, qui sine dominij translatione fieri non possunt, vt donatio, permutatio, mutuum, & si qui alij sunt similes, cùm etiam res aliena vendi possit *l.rem alienam 28.infr.de contr.empt.* ergo alienationis nomine venditio propriè, & in primo sensu significari non potest.

DEC. Venditio titulus habilis est ad transferendum dominium secuta demùm traditione *l. nũquam nuda 31.de acquir.rer.domin.* & quamuis etiam res aliena vendi possit, hactenus vt venditor emptori de euictione obligetur: si tamen venditor dominus sit transfert vtique dominium in emptorem *l. ex empto 11.§.1.de action.empt.* adeò vt nemo possit eam rem videri vendidisse de cuius dominio id actum est, ne in emptorem transiret, sed aut locatio est, aut aliud genus contractus *l.pen.§.vlt.infr. de contr. empt.* idque adeò verum est, vt lex 12. tabularum venditionis & emptionis appellatione vsa plerunque sit, vt omnem alienationem complecteretur, quasi habens venditionis & alienationis nomina pro synonimis, *l. statuliberi à cæteris 29. §. vlt.infr. de statulib.* nec sanè frequẽtior vllus in hominum commercio cõtractus est quàm venditionis ad transferendum dominium *l.1. de contr.empt.* & in hoc maximè tractatu de peculio, quoties de alienato seruo loquũtur Iureconsulti, ferè de vendito tractant, non de eo qui alio contractus genere alienatus sit, vt in *l.si noxali 11.§.pe.l.sed in emptore 13.l. & ancillarum 27.§.si seruus §. sed ipsi & seqq.l.si ex duobus 32.§.1.& vl.l.si creditor 37.§.seruum l. quoties 47.§.si creditor & seqq.& pass.sup.tit.prox.* venditor igitur ille maximè est, qui de peculio tenetur intra annum si seruum deducto peculio vendiderit, vt suprà explicauimus ex *d.l.si ex duobus 32.§.vlt.* vbi dicitur alioqui si dominus seruum vendiderit cum peculio, & peculium tradiderit eum de peculio ne intra annum quidem teneri.

6 ¶ Sed & si donauit seruum, vel permutauit, vel in dotem dedit, in eadem causa est.

Ad §.6. *Sed & si donauit.*

RAT. DVB. Contractus isti donationis, permutationis, & dotis nihil simile habere videntur cum venditione, si quidẽ aliena quoque res vendi potest. vt proximè diximus ex *l.rem alienam 28.de contr.empt.* at res aliena, neq; donari, neq; permutari, neque in dotem dari potest, quia dominij translationem necessariò continent *l.si filius 14.l.constãte 22. C.de donat. l.1.infr.de rer.permut.l.doce 9.C.de rei vindic. l.in rebus 30. C.de iur.dot.* ergo quod in venditione proximè dictũ est ad alios istos contractus protrahi non tam facilè debet. DEC. Tantò magis continentur hic contractus sub nomine alienationis, cùm eo nomine is demùm actus significetur per quem dominium transfertur *l.1.C.de fund.dotal.l.alienationis 28.de verb.signifi.* nec interest quo contractus genere dominiũ mutatũ sit, vt huic edicto loc⁹ esse possit *l.quoties 47.§.vlt. supr.tit.prox.* nam etsi legatus sit seruus idem iuris est, cùm ex causa legati dominium trãsferatur recta via in legatariũ sola legis potestate, ac sine vlla traditione *l.1.in fin.sup.de Publician.l.legatum 80.de leg.2.l.à Titio 64.infr.de furt.& d.§.vlt.* quamuis vltimæ voluntates nihil alioqui simile aut commune habeant cum contractibus *l.verba 21.infr.de verb.signifi.* in omnibus namque his casibus eadem ratio iuris prætorij & æquitatis facit, vt qui in alium transtulit dominium serui, cuius nomine de peculio poterat conueniri actione perpetua, incipiat teneri actione ista annua, si modò peculium quoque simul cum seruo non alienauerit.

7 ¶ Item heres eius, qui seruum legauit non cum peculio. nam si cum peculio vel legauit, vel liberum esse iussit: quęstionis fuit [a] & mihi verius videtur, non dandam, neque in manumissum, neque in eum, cui legatum sit peculium, de peculio actionem. an ergo teneatur heres? & ait Cælius: teneri: quia peculium penes eum sit, qui, tradendo id à legatario, se liberauit. Pegasus autẽ, caueri debere, ait [b] ab eo, cui peculium legatum sit: quia ad eum veniunt creditores: ergo, si tradiderit sine cautione, erit conueniendus.

Ad §.7. *Item heres eius.*

RAT. DVB. Cùm quis seruum suum legauit sine peculio, verum est dicere alienationem, neque à testatore factam esse, nec ab herede, sed à lege, non à testatore, quia quãdiu viuit, nõ amittit rei quã legauit dominium cùm testamẽtum nullas vires habeat, nisi ex die mortis, quo incipit irreuocabiliter confirmari: nec enim testamentum fit, nisi de eo, quod quis post mortẽ suam fieri velit *l. 1. l. lege Cornelia 12. & pass.infr.qui testam.facer.poss.* vnde est quod legata dicuntur incipere ab herede, non à testatore *l. hereditariarum 40.infrà de obligatio. & actionib.* non rursus ab herede, quia legatum transit recta via à testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis *l.legatum 80. de legat.2.* nec proinde potest videri ab herede alienatum id, quod ipse numquam habuit *l.nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Sed alienatio legati fit tota per legem quæ ex modis transferendi & acquirẽdi dominij iure Quiritiũ vnus est, & quidẽ præcipuus, vt Vlp. noster refert in Fragm. *tit.19.de acquisit.rer.*

fit. rer. Ergo cum seruus qui peculium habebat legatus est etiam sine peculio non magis in heredem tanquam alienatorem quàm in testatorem ipsum qui iã mortuus est actio hęc annalis de peculio dari debet. D e c. Cùm legatur seruus & legati titulo in legatarium transfertur, lex quidem illa est cuius potestate translatio fit etiam non requisita heredis voluntate, quæ tamen omnino exquirenda esset si lex authoritatem suam in eo non interponeret *l. si ego 9. §. si res infr. de iur. dot.* Sed tamen ita lex facit vt subsequatur testatoris voluntatem cui dedit ius & potestatem legis faciendæ *l. verbis legis 120. de verb. signific.* defuncti ergo voluntas illa est quæ huiusmodi alienationis causam primã præbet. Indeq; fit vt legata quoque hereditariarum actionum loco habeantur quamuis ab herede incipiant *d. l. hereditariorum.* Et tamen heredis quoque factum aliquod in eo interuenit, non quidem in facienda traditione, quę ad transferendum legati dominium non est necessaria *d. l. 1. de Publician.* sed in adeunda hereditate quæ si non adiretur legata omnia intercideret, quia ius ipsum testamenti totum solueretur. *l. si nemo 9. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Adeundo autem heres quasi contrahit cum legatariis non minus quàm cum creditoribus *l. 3. §. vlt. & l. seq. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis 5. §. heres quoque de oblig. & action.* Mirum igitur non est, in heredem dari actionem annalem de peculio quoties seruus qui contraxit, absque peculio legatus est ac si ipse alienasset: præsertim cùm peculij commodum in hereditate ac penes eum remaneat. Is enim maximè de peculio conueniendus est apud quem peculium manet, *l. & ancillarum 22. §. si seruus & seqq. l. si ex duobus 32. in princip. & §. 1. supr. tit. prox. extra casum l. si noxali 11. §. vlt. & l. seq. eod. tit.* Sed si cũ hoc seruo contractũ sit post mortẽ testatoris & ante aditã hereditatẽ, id est eo tempore quo erat seruus hereditarius an adhuc conueniẽdus erit heres actione de peculio *arg. l. 3. in princip. supr. eod. tit.* Ita quidam putant, sed annali non perpetua, quia post aditam hereditatem dominium serui iam inde à die mortis in legatarium translatum fuisse intelligatur. Numquam enim perpetua actio de peculio superesse in eum potest qui dominus serui esse quoquomodo desiit. Sed verius est huius serui nomine contra heredem agi de peculio non posse ex eo contractu qui iacente hereditate initus sit, cùm si quid seruus hic eo tempore acquisiuisset ad legatarium, non ad heredem pertineret *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus iunct. l. cùm seruus 39. alias l. apud Iulianum §. fructus vers. & si seruus de leg. 1.* Legatarius ergo ex contractu hereditario non heres conueniendus erit, & quidem actione perpetua nõ annali. Neque hic casus dubitationem vllam habere videtur, sed sequens dubitabilior est de quo statim Vlpianus.

a *Nam si cum peculio vel legauit, vel liberum esse iussit quæstionis fuit.* R a t. d v b. Is demum de peculio conueniendus est qui peculium habet non is qui desiit habere sicut & rei vindicatione solus ille tenetur qui rem possidet non qui desiit possidere, nisi dolo malo desierit, quia nascitur actio illa ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. vlt. & pass. supr. de rei vindic.* sicut & actio de peculio nascitur quodammodo ex peculio licèt nascatur etiam ex contractu, tãquã ex prima sua & principali causa *l. 1. § si filiusf. sup. de his qui effud. vel deiec. l. nec seruus 41. l. si quis 44. supr. tit. prox.* Atqui quoties legatur peculium siue ipsi seruo manumisso, siue alij cui seruus quoq; ipse legatus sit, verũ est dicere peculium esse penes manumissum aut aliũ quẽlibet legatariũ: heredẽ autẽ qui peculium tradidit, desiisse hoc ipso habere peculiũ. Ergo actione de peculio perpetua legatarius conueniẽdus est; heres autẽ nullo modo, id est, ne quidem annali, atq; ita Iulianus sensit cuius & opinionẽ & rationẽ Vlpian. noster refert in *l. 1. alias l. si socer §. per contrarium infr. de dot. relegat.* vbi ponitur ex Iuliano elegans illa differentia inter actionẽ de dote, & actionẽ de peculio, quòd etiamsi quis dotẽ habere desierit actio de dote nihilominùs cõpetit, actio autem de peculio superesse non potest in eum qui desiit peculiũ habere. Eámq; sententiã quæ Sabinianorũ & Cassianorum fuisse videtur secutus est Iauolenus in *l. at cùm heres 35. supr. tit. prox.* vbi scribit ex Cassio, cùm heres iussus est peculium alicui dare, etiam, quod magis est accepta certa summa nõ videri penes heredẽ esse peculiũ, ideóq; nec de peculio cõueniri eum posse. Sic enim omnino intelligẽdus ille locus est, licèt illatio hæc non sit expressa.

D e c. Fuit hoc quæstionis inter prudentes, vt Vlpianus hîc fatetur, id est, iuris controuersi. Nam Pegasus & Cæcilius, qui ex Proculianis fuerũt, magis probauerunt, vt de peculio teneri debeat heres, nõ etiã legatarius ratione illa, quòd peculiũ etiã legatario traditũ nõ tã penes legatariũ esse intelligatur, quã penes heredẽ: quia tradẽdo id legatario se ab actione ex testamento liberauerit, qua hodie adhuc teneretur si peculiũ non tradidisset, vt proinde liberatio illa vice peculij esse debeat quasi tãto locupletior factus heres videatur per traditionẽ peculij, quã doquidẽ locupletior fit quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. in fin. inf. de solut. l. species acquirẽdi 11. de acceptilat.* Quidni ergo de peculio teneri debeat? Eáque Proculianorũ sẽtẽtia videtur tãdẽ obtinuisse, cũ placuerit etiã Vlp. qui licèt alioqui Sabinianus fuerit, eã tamẽ sibi veriorẽ videri scribit hîc, itémq. Paulo in *l. quoties 47. §. vlt. supr. tit. prox.* & Marciano in *l. si seruo manumisso 18. infr. de pecul. legat.* vbi ait ille in legatarios sine dubio creditorib. peculiariis actiones nõ cõpetere, tãquã qui nõ sint iuris successores *l. quædã sunt 9. § nihil interest sup. de edẽd.* sed heres solus in quẽ actiones omnes hereditarię & actiuę & passiuę ex lege 12. tab. trãseũt *l. vlt. C. de heredit. action.* Nec ad rẽ pertinet quòd emptor quoq. donatarius, & alij successores singulares æquè de peculio teneãtur. Nõ. n. tenẽtur ex persona vẽditoris aut donatoris, tãquam successores eius singulares, sed ex propria persona tã quã domini, si apud eos sit aliquod peculiũ vndecũque tãdem quæsitũ *l. & ancillarũ 27. § si seruus sup. tit. prox.* Legatarius autẽ etsi nouus dominus est & peculiũ habet, reuera nullũ tamen habere intelligitur, sed heres potiùs qui fuit obligatus vt illud peculiũ traderet, & nihilominùs creditorib. peculiariis tanquã successor vniuersalis defuncti respõderet, ac cui deberet sufficere vt pro peculio haberet legati liberationẽ. Ex qua porrò ratione intelligimus, si legatarius peculiũ sibi traditũ habere intelligeretur, nec dubitaturũ fuisse Pegasũ quin de peculio conueniri posset ac deberet, eo penitus iure quo cõueniri possunt cęteri qui & domini sunt & peculiũ possident. Nõ iã enim de eo fuit cõtẽtio inter veteres, an cõueniri de peculio posset ille qui peculiũ nõ haberet siue heres esset siue legatarius, (cõstabat enim nõ posse) quã vtrum traditum per heredem peculium esset penes legatarium cui traditum fuisset, an potiùs penes heredem qui tradendo se ab obligatione liberasset, & à necessitate tradendi: Iulianus putabat esse penes legatarium, quia traditum ei fuisset ab herede: heredem verò ex quo tradi-

disset, desiisse habere peculium, adeoque licèt aliqua summa accepta peculium tradidisset *d. l. at si heres*, at Cæcilius multò subtiliùs, vt videtur, imò esse penes heredem, qui pro peculio liberationem sibi quæsiuisset, in eo igitur omnes consentiebant, vt is demùm de peculio conueniri deberet, siue heres esset, siue legatarius, qui peculium haberet, quod porrò cùm penes duos in solidum esse non posset, necesse erat fateri penes alterutrum solum esse, aut penes heredem, aut penes legatarium, iunge quæ scripsimus ad *l. sed si quis seruum 33. cum seq. & ad d. l. at si heres 35. supr. tit. prox.*

b *Pegasus autem caueri heredi debere ait.* RAT. DVB. Heres qui peculium legatum tradidit, tenetur tamen de peculio ex sententia Cæcilij & Pegasi, quia penes se peculium habere, nihilominùs intelligitur, quòd tradendo peculium se ab obligatione tradendi, & ab actione ex testamento liberauerit, vt proximè diximus, nulla ergo ratio est, cur heredi cauere debeat legatarius de eo defendendo aduersus creditores, si quando ab ipsis conuenietur cùm liberatio heredis, quæ peculij vice ipsi est, apud ipsum remaneat, alioqui eueniet, vt & liberationis commodum heredi acquiratur, & legatarius indemnem eum ab actione de peculio præstare teneatur.

DEC. Non est audiendus legatarius si legati commodum quidem amplectatur, onus verò recuset *l. vnic. §. pro secundo vers. neque enim C. de caduc. tollend. l. sed duobus 5. §. 1. de legat. 2.* atqui commodum peculij est habere res peculiares tùm quoque cùm peculium ipsum penes alium est, postquàm placuit fieri posse, vt peculium penes vnum sit, res autem peculiares penes alterum *l. sed si quis seruum 33. & seq. supr. tit. prox.* onus autem peculij est teneri actione de peculio, *l. deposui 38. §. vlt. eod.* ergo cùm res omnes peculiares sint penes legatarium cui peculium traditum est, licèt iuris subtilitate peculium ipsum maneat penes heredem, non potest legatarius petens legatum recusare, quominùs subeat onus actionis de peculio & creditoribus omnibus peculiaris satisfaciat, vt quod secundum naturam est, incommoda eum sequatur, quem sequuntur commoda *l. secundum naturam 11. de reg. iur.* itaque per doli exceptionem consequi heres poterit, cùm legatarius legatum petet, vt caueat ipsi de eo contra creditores peculiarios defendendo: neque sunt hæc inter se contraria, vt heres solus creditoribus peculiariis obstringatur, nec possint illi legatarium peculij conuenire, & tamen legatarius indemnitatem, & indemnitatis cautionem ei præstare teneatur *d. l. si seruo 18. de pecul. legat.* nam & cùm is qui peculium serui legauerat iudiciũ eo nomine accepit, id est de peculio, deinde decessit, placuit non aliter heredem ex causa legati peculium præstare debere, quàm si de accepto iudicio ei caueatur *l. qui peculium 17. eod.* sic & cùm heres partem bonorum, aut etiam vniuersa bona delata ad fiscum diceret, constaret autem de fideicommisso, decretum est, vt petitor ei caueat, *cuncta hereditate restitutum quod solueretur*, *l. si heres 8.* vbi ita legendum est *infr. si cui plus quàm per leg. Falcid.* similiter cùm quis hereditatem sibi delatam, & acquisitam vendidit, dicimus respondere nihilominùs eum creditoribus debere, sed tamen indemnitatem ei ab emptore præstandã esse *l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* quod & in hereditate donata idem iuris est *l. hereditatem 28. inf. de donat. iunct. l. cùm res 22. C. eod. tit.* caueri ergo heredi ab eo debet cui peculium legatũ est, siue manumissus ille sit, siue extraneus serui & peculij legatarius, quia ad eum veniunt creditores, id est, quia non alius quàm ipse creditoribus respõdere compellitur. Proinde si tam stultus aut incautus fuerit heres, vt peculium sine cautione legatario tradiderit, erit ipse conueniendus à creditoribus cum effectu, id est, ita vt indemnem eum præstare legatarius non debeat, qui cùm legatum iam acceperit exceptionem doli amplius non veretur, nec rursus condictionem indebiti, quia non potest dici indebitum fuisse legatũ quod solutum fuit propter exceptionem doli perpetuam quæ aduersus legatarium competebat ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* quia non competebat ea exceptio heredi ad repellendum absolutè & omnimodo legatarium, sed eo tantùm casu quo nollet, ille petenti heredi cauere de indemnitate. Prius ergo erat, vt heres caueri sibi postularet, quàm vt legatarium ei cauere oporteret: itémque vt petitam cautionẽ recusaret legatarius, quàm vt doli exceptio contra eum induceretur: itaque sibi imputet heres cur non meliùs sibi prospexerit petita ante solutionem legati peculij cautione, conuenietur autem actione de peculio perpetua non annali quomodo & si seruus legatus esset, sine peculio, quo casu vtique perpetua non annali actione heres teneretur, & ita intellige principium huius §. an non enim absurdum esset annali tantum actione teneri heredem qui seruum tradidit legatum, sine peculio? cùm & heres sit, & peculium retineat.

8 ¶ Si, præcepto seruo, & peculio, rogatus sit heres restituere hereditatem: si de peculio conueniatur, Trebelliani exceptione non vtetur, vt Marcellus tractans admittit: is autem, cui restituta est hereditas, non tenetur, vt Scæuola ait, cùm peculium non habeat, nec dolo fecerit, quo minùs haberet.

Ad §. 8. Si præcepto seruo.

RAT. DVB. Cùm restituta est ex Senatusconsulto Trebelliano hereditas omnia iura hereditaria actiua & passiua, quæ heredi, & in heredem competebant transeunt in fideicommissarium, & ex eo tẽpore quemadmodum si heres vi directarum actionum, quæ penes eum remanent experiatur contra debitores hereditarios, exceptione Senatusconsulti Trebelliani, hoc est restitutæ hereditatis repellitur, ita si vicissim ipse conueniatur à creditoribus hereditariis eàdem exceptione summouere illos potest *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* atqui cum heres præcepto seruo & peculio rogatus est hereditatem restituere, non eo minùs fit restitutio ex Trebelliano, quod heres peculium retineat: nam ad inducendum Trebellianum sufficit, vt hereditas restituatur eo modo, quo testator voluit, licèt non tota restituatur, quemadmodum si heres deducta quarta hereditatẽ restituere rogatus esset, nisi quod illo casu durior esset condicio heredis, quia inter eũ & fideicommissarium diuidi actiones hereditarias oporteret, quæ in specie huius §. totæ in fideicommissarium transferuntur *l. si legatus 30. §. multum interest*

terest eod. tit. remanente penes heredem ea re quam ab eo præcipi & retineri testator voluit sine vllo onere hereditario, quasi ex legato ei acquisita, vt benè ac pluribus explicat Iustinianus in *§. si quis vna inst. de fideic. hered.* vbi addit, nec aliud esse, quamuis in ea re qua deducta, vel præcepta hereditatem restituere, quis rogatus est, maxima pars hereditatis contineatur, id est bonorum hereditariorum: æquè enim hoc etiam casu transferri in solidum actiones ad fideicommissariũ, quia nec propriè pars vlla hereditatis in vna re esse intelligitur *l. quamuis 14. infrà, si quis omiss. caus. testam. l. acceptu 93. in fin. ad SC. Trebell.* ergo si præcepto seruo & peculio rogatus sit heres restituere hereditatem, de peculio conueniendus erit fideicommissarius, non heres à creditoribus peculiaris, perinde atque à cæteris creditoribus hereditariis, & exceptio Trebelliani, non minùs contra creditores istos peculiarios quàm contra cæteros heredi danda erit.

Dec. Vbicumque peculium est, ibi & onus est actionis de peculio, quoniam actio de peculio non hereditatis, sed peculij onus est *l. depositi 38. §. vl. iunct. l. quare 28. & pass. supr. tit. prox.* atqui cùm quis præcepto seruo & peculio hereditatem restituere rogatus est, licèt totam hereditatem reliquam restituerit, peculium tamen sibi retinet, ergo & totum peculij onus sentire debet, ac proinde creditoribus omnibus peculiariis respondere: non autem fideicommissarius, qui peculium, nec habet, nec dolo desiit habere, nec dolo fecit, quominùs haberet, vt eleganter Scæuola disputabat: nam etsi heredem hunc in præcepto peculio pro legatario haberi velis ex *d. §. si quis vna*, adhuc tamen certum est legatarium alium quẽlibet, non posse recusare, quominùs rei legatæ onera si qua sunt, omnia sentiat, vt diximus ad *§. precedentem ex l. vnic. §. pro secundo in fin. Cod. de caduc. tollend.* sed deterioris in eo condicionis, hic heres est, quàm alius quilibet legatarius, quod cùm heres sit, & maneat etiam post restitutam ex Trebelliano hereditatem *§. restituta inst. de fideic. hered.* conueniri vtique potest summo iure à creditoribus hereditariis, qui tamen contra alium legatarium, nullam actionem essent habituri *l. vlt. C. de hered. act. l. si seruo 18. de pecul. legat.* ob eamque nimirum causam necessariò fuit inducenda exceptio Trebelliani tam pro herede si à creditoribus conueniretur, quàm contra heredem si aduersus debitores hereditarios experiretur *d. §. qui ex Trebelliano,* atqui exceptionis huius æquitas deficit, cùm ille ipse heres, qui cõuenitur, habet peculium, cuius præcipuum onus illud est, vt actionem de peculio patiatur: nam etsi alius esset heres, alius verò legatarius peculij, legatarium tamen heredi cauere de eo defendendo oporteret, vt diximus in §. præcedente: pro cautione igitur quam alij præstare deberet, an non æquum est denegari ipsi exceptionem Trebelliani, quam alioquin esset habiturus, similis ferè argumentatio Scæuolæ & Claudij est circa doli exceptionem in specie *l. pen. infr. ad SC. Trebel.* vtrumque igitur verum est quod Vlpianus hîc scribit, & quod Marcellus dicebat heredem conuentum in hac specie non posse vti exceptione Trebelliani qua vteretur, si ab aliis crediroribus merè hereditariis conueniretur, & quod Scæuola eum cui restituta est ex Trebelliano hereditas nullomodo teneri, id est, ne quidem ipso iure; ita vt nulla proinde egeat exceptione, quia licèt in eum simul cum hereditate transeant actiones omnes hereditariæ, non quidẽ directæ, sed vtiles *d. l. 1. d. §. qui ex Trebelliano,* nõ tamen possunt in eum transire actiones peculiariæ, nisi cùm peculio, quia sequuntur peculium quocunque ierit, nec alibi esse possunt, quàm vbi peculium est, vt hic locus probat omnium optimè. Erit autem hoc casu actio de peculio, non anima, sed perpetua, cùm detur contra heredem, & tanquam heredem, & tanquam habentem peculium, sicut & in *princ. §. præcedentis.*

9. ¶ Vsufructu quoq; extincto: intra annum actionem dandam in vsufructuarium, Pomponius libro sexagensimo primo scripsit.

Ad §. 9. Vsufructu.

Rat. dvb. Vsufructu extincto nullum ius fructuario superest in re fructuaria, sed vsufructu consolidato cum proprietate totum ius rei & plenæ proprietatis ad proprietarium pertinet. Solus ergo proprietarius de peculio teneri debet non fructuarius, quamuis durante vsufructu placeat fructuarium teneri de peculio, non tantùm ratione peculij, ꝙ ad ipsum respicit, sed etiã ratione eius quod ad propriꝛtariũ si fortè seruus fructuarius duplicis iuris, & generis peculium habuerit, *l. hinc quæritur 19. §. 1.* vbi diximus *iunct. l. 2. supr. tit. prox.* Neq; verò edictũ hoc Prætoris locutũ est, de dãda cõtra fructuariũ annali actione: sed tãtùm contra patrẽ qui filiũ emãcipauerit aut dominum, qui seruum alienauerit vel manumiserit, quorum omnium nihil est quod in persona fructuarij, vt & alterius cuiuslibet extranei non sit ineptum. Nec enim fructuarius manumittere aut alienare seruum potest, *l. quidam cùm filium, 131.* in illis verbis, *res in extraneo ineptas, de verborum obligat.*

Dec. Prætoris in hoc edicto proponendo mens illa fuit vt quisquis actione de peculio pepetua conueniri aliquando potuit, non eo minùs teneatur adhuc intra annum post extinctum peculium, si malint contra eum agere creditores peculiarij, quàm contra proprietarium. Atqui fructuarius licèt non sit dominus serui, ex iis tamen est qui perinde ac domini de peculio conueniri possunt, *d. l. 2. C. sed si duo 15. d. l. hinc quæritur §. 1. l. si ex duobus 32. supr. tit. prox.* quia vsusfructus in plerisque iuris partibus portionis instar obtinet propterea quod emolumentum rei contineat, *l. cùm filius 76. §. dominus de lega. 2. l. 4. l. si Titio 33. sup. de vsufr.* Ergo quãuis vsufructu extincto etiam peculium extinguatur, fructuarium tamen ex eadem huius edicti æquitate adhuc intra annum teneri consentaneũ est: nec quod peculium amplius nullũ habeat ad rem facit, quãdoquidem durante vsufructu non tantũ de suo peculio tenebatur: sed & de eo quoque quod ad proprietarium pertineret: quia creditores vniuersum serui peculium vbicunque & vndecunque esset tanquam proprium ipsius patrimonium intuiti videantur *d. l. hinc quæritur, §. 1. d. l. si ex duobus 32. in fi. princip. sup. tit. prox.* videtur quidẽ maior esse ratio dubitandi in fructuario, quàm in venditore aut donatore, qui seruum vendidit vel donauit, deducto retentóque peculio. Illi enim peculium adhuc habent: alioqui si peculium cum seruo alienassent, ne quidem intra annum tenerentur de peculio,

d.l.si ex duobus,§.vlt. Sed tamen eadem in fructuario quoque ratio æquitatis obtinet, cum extincto quoque peculio, commoda quæ ex causa peculiari per seruum fructuarium acquisiuit, penes ipsum remaneant. Sed & ipsa quoque pecunia, quæ durante vsufructu in peculio fructuarij fuit, & cuius intuitu creditores contraxerunt non perit fructuario, sed apud eum cum lucris omnibus remanet. In eóque par illius & venditoris causa est. Meritò igitur tam hic quàm ille de peculio intra annum tenetur. Dicitur autem annalis hæc exceptio ad differentiam perpetuæ, quæ durante vsufructu datur. Licèt enim vsusfructus nunquam sit perpetuus, sed temporalis *l.si vsusfructus 6.de vsufruct.leg.* nec proinde contra fructuarium actio vlla perpetua competere posse videatur. Hanc tamen perpetuam non malè dicimus: quia tandiu durat quandiu vsusfructus, nec anno concluditur, sicut & societatem perpetuam dicimus, quæ ad totum tempus vitæ extenditur, quamuis morte finiatur, *l.1.infr.pro socio.*

10. ¶ Quæsitum est apud Labeonem.

SI, cùm filius viueret, tu credens eum mortuum, annali actione egeris: & quia annus præterierat, exceptione sis repulsus: an rursus experiri tibi, comperto errore, permittendum est. & ait, permitti debere, dumtaxat de peculio, nó etiam de in rem verso [a]: nam priore iudicio de in rem verso rectè actum est: quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet.

Ad §.10. Quæsitum, Alias l. Si, cùm filius.

RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur vulg. *l.res iudicata 208.de regul.iur. l.ingenuum 25.de stat. homin.* etiamsi per errorem iudicatum sit *l. seruo 65.§. cùm Prætor infr.ad SC.Treb.* atqui verũ est dicere summotũ esse creditorẽ, qui credens filiũfam. mortuum egerat de peculio contra patrem annali actione, absoluto patre, quia annus præterierat, à quo tẽpore filiusfam. mortuus credebatur: ergo etiamsi comperto errore appareat filiumfam. adhuc viuere, non tamen permittendum est creditori iam repulso, vt iterũ experiatur perpetua actione de peculio. Quis.n. ferat post annum quoque eum agere, qui intra annũ agens summotus fuit? & perpetuã actionem ei dari, cui annalis denegetur? Dici enim solet absurdum esse, vt qui caret minoribus fruatur maioribus, *l.cui pacto 5. de seru.export.* & quemadmodum annale spatium in longiore tempore continetur, ita & in actione perpetua, id est, quæ etiam post annum datur annalis quoque contineri videtur, quia semper in eo quod plus est, continetur etiam id quod est minus *l. in eo 110.de reg.iur.* & pars in toto *l.in toto 113.eod.* porrò generale illud est, vt cum id de quo iudicatum fuit, continetur ex parte in eo quod per secundam actionem petitur, obstet exceptio iudicatæ *leg. si quis cùm totum 7.iunct.l.3.infr.de except.rei iudic.* ergo agenti actione perpetua de peculio postquàm ab annali fuit repulsus, exceptio rei iudicatę obstare debet: inspiciendum enim est, quænam sit proxima causa actionis, nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimauerit, perinde, ac si quis postea quam contra eum iudicatum esset noua instrumenta causæ suæ reperisset, inquit Neratius in *l.cùm de hoc 27.eod.tit.*

DEC. Cùm quæritur an rei iudicatæ exceptio noceat, illud maximè inspiciendum est inter cætera, an eadem res sit, eadem actio idem ius & eadem causa petendi *l.cùm quæritur 12.& seqq.eod.ill.tit.* at in proposito eadem quidem res est quæ petitur, sed non eadem actio, neque idem ius, neque eadem causa, siue petendi, siue vincendi, nec denique eadem condicio personarum: prior enim actio fuit quidem de peculio, sed annalis: hæc verò perpetua, quæ nunc proponitur, non idem ius, neque eadem causa petẽdi, aut vincendi, quia priore iudicio creditor victus est, quòd annali actione post annum experiretur, quo tempore annalis exceptio patri competebat: at posteriore hoc iudicio perpetua actio instituitur, quæ cùm sit perpetua summoueri per annuam exceptionem non potest, denique non eadem est condicio personarum, quia priore iudicio pater obtinuit, tanquam conuentus ex contractu defuncti ante annum filij, posteriore autem conuenitur ex contractu filijfamilias adhuc viuentis: mirum igitur non est si creditori perpetua actione de peculio nunc agenti non obstet rei iudicatæ exceptio: præsertim cùm priore iudicio actum fuerit per errorem, quia putabat creditor defunctum filiumfamilias, qui tamen adhuc viuebat, qui error cùm sit alieni facti probabilis est *l. vltim.infr.pro suo,* maximè cùm error communis ille esset ferè omnium qui hunc ipsum filiumfamilias viuere putabant *l.3.in princ.supr.de SC.Maced.* & quemadmodum solemus dicere, neminem errãtem amittere rem suam *l.si procurator 35.infr.de acq.rer. domin. l. si id quod 7.in fin.infr.de rescind.vendit.* ita nec quisquam per errorem actionem suam sibi competentem debet amittere, si quidem nec quisquam intelligitur in iudicium deducere ius illud, quod sibi competere ignorat *l.mater decedens 19.supr.de inoff.test. l.Clodius 97.de acquir.hered.* error enim facti & imperitiam detegit, & consensum nullum habet *l.si per errorem 15.supr.de iurisdict.l.nihil consensui 116.§.vlt.de reg. iur.* longéque interest, an per actoris errorem malè iudicatum sit, an per errorem iudicis: error enim iudicis non vitiat rem iudicatam, propter rerum iudicatarum authoritatem, siue facti error ille fuerit, siue iuris *d.§.cùm prætor l.& ex diuerso 35.§.1.de rei vindic.* dum ne dolus litigatoris religionem iudicis circumuenerit *l.Diuus 33.de re iudic.* at error litigatoris, si modò iustus fuerit, illæsum ius ipsius conseruat, hactenus saltem, vt in eo de quo nihil iudicatum est iura sua exercere possit, vt contingit in proposita specie: nam & hoc casu alia res est *l.si quis 18. de except. rei iud.* cùm eadem exceptio annua locum hîc non habeat, non idem iuris esset si de iure actionis, non autem de iure tantùm exceptionis iudex pronunciasset, quomodo intelligi debet, quod ex Neratio diximus in *d.l.cùm de hoc 27.eod.tit.*

a *Non etiam de in rem verso.* RAT. DVB. Non aliter obstat exceptio rei iudicatę, quàm si eadem actio in posterius iudicium deducatur quæ deducta fuit in prius *l.si is qui heres 25.§. vlt. de except.rei iudic.* atqui ponimus in priore iudicio actum fuisse de peculio, non

non autem de in rem verso: de peculio autem non perpetua actione, sed annali qualis de in rem verso nulla est, vt ex Labeone Vlpianus hîc subiicit: Ergo si repulsus hic creditor ab annali exceptione de peculio propter annuam exceptionem velit iterum agere de in rem verso, non est prohibendus, neque exceptione rei iudicatæ summouendus. Imò maior ratio esse videtur, vt permittatur ei agere de in rem verso quàm de peculio.

DEC. Vna eadémq; actio est de peculio & de in rem verso, licèt duas habeat condemnationes, §. *præterea versic. Licèt enim Institut. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo quoties agitur de peculio etiam quæstio de in rem verso in iudicium deducta intelligitur, & consequenter repulsus actor ab actione de peculio, ab actione quoque de in rem verso repulsus intelligitur. Nam cùm sit repulsus per annuam exceptionem, quæ ad peculium duntaxat non etiam ad id quod in rem versum est pertinet, negari non potest, quin rectè actum sit & agi potuerit de in rem verso, etiam post annum siue filius viueret, qui mortuus credebatur, siue iam defunctus esset. Et nihilominus repulsus est ab actione creditor & quidem absolutè & indistinctè siue iure siue iniuria id factum sit: Ergo & ab actione de in rem verso, quæ iam competebat, & quæ pariter in iudicium deducta fuerat. Inspiciendum enim est duntaxat quęnam fuerit proxima causa actionis, nec interest qua ratione creditor eam actionem de peculio sibi competere existimauerit, an quia tantùm de peculio contractum, an quia etiam in rem patris versum esset, vt suprà ex Neratio diximus in *l. cùm de hoc 27. infr. de except. rei iudic.* Potuerat enim & debuerat creditor replicare in rem patris versam fuisse pecuniam, si id se probare posse confidebat, ideóque frustrà opponi annuam exceptionem, quæ aduersus actionem de in rem verso nunquam opponi potest. Id verò cùm non fecerit, & ad annuam illam exceptionem nihil replicauerit, hoc ipso agnouisse videtur, nec in quæstione de in rem verso obtinere se debere, in qua nemo obtinet, nisi qui pecuniam creditam in rem patris vel domini versam esse probauerit, §. *cæterùm, Institut. quod cum eo, qui in alien. potest.* Et idcircò negare non potest, quin ab actione quoq; de in verso non minùs quã ab actione annua de peculio iure summotus sit. Quò etiam pertinet quod ex Iuliano & Pomponio Vlpianus scribit in *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox.* actione de peculio perimi actionem de in rem verso, quod tamen non semper & indistinctè verum est, vt ibi dem dicemus.

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

CVm post mortem filijfamilias annua aduersus patrem actio est, quemadmodum aduersus eum esset perpetua, viuo filio: ideò, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filij. Idémque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.

Ad l. Cùm post mortem. 2.

RAT. DVB. Post mortem filijfamilias, quo viuo tenebatur pater de peculio, pollicetur Prætor actionem de peculio annalem in patrem, *l. 1. in princip. supr.* Nec adhibent verba edicti distinctionem vllam, vtrùm actio quæ viuo filio contra patrem competierat temporalis esset, an perpetua. Vbi ergo Prætor non distinxit, nec nos distinguere debemus, *vulg. l. de precio 8. supr. de Public. in rem act.* Proinde si ex causa redhibitionis actio de peculio futura erat, sex mensium duntaxat viuo filio, non eò minùs debet esse annua post mortem filij, quoniam actio quę post mortem filij datur cõtra patrem, sicut non datur nisi ex dicto & indulgentia Prætoris: ita nec aliter quàm iuxta formam edicti dari debet.

DEC. Cùm post mortem filijfamilias agitur, (hoc enim verbum necessariò supplendum & addendum est, vt plenus sit sensus & bona constructio) annua aduersus patrem actio est, quemadmodum, id est, ad eundem prorsus modum, quo aduersus eum futura erat viuo filio perpetua. Neque enim id egit Prętor, vt actionem, quam dabat contra patrem, post mortem filij in longius tempus produceret, sed è contrario, vt eam quæ viuo filio longior futura erat anno vno cõcluderet. Ergo si actio quæ viuo filio competebat, non nisi sex mensium fuit, vt putà redhibitoria *l. sciendum 19. §. vlt. l. cùm sex 55. infr. de ædilit. edict.* aut alterius temporis, quod breuius sit quàm vnius anni. Nec ea quæ post mortem filij ex hoc edicto datur, erit annua: sed mensium sex spatio concludetur; quoniam alioqui quod à Prætore inductum est ad diminuendum tempus actionis contra patrem competentis prodesset ad illud augendum & ampliandum, quod certè non minùs absurdum est, quàm vt ex diuerso inducta ad augmentum operentur diminutionem, *l. legata inutiliter, 14. de adimend. legat.* Semper enim inspiciendum, & retinendum est propositum Prætoris, neque vnquam ab eo deflectendum, *l. 3. §. si emancipatus infr. de bonorum possess. contr. tabul.* Nec cauillandum aut calumniandum est ius Prætorium, sicut nec ciuile, *l. penult. supr. ad exhib.* Idem ergo dicendum est in cæteris quoque omnibus temporalib. actionibus, id est, quæ breuiore spatio, quàm vnius anni circumscribuntur, vt non fiant per hoc edictum annuæ nec longioris vitæ, quàm futuræ essent, viuo filio, certè nec breuioris, ne quis fortè putet, ex eo quod Prætor actiones perpetuas, id est, nullo tempore circumscriptas fecit annales, consequens videri, vt eas quoque, quæ sui natura ad annum vsque extendi non possunt, fecerit adhuc breuiores. Nam quæ erant longiores anno, fecit breuiores, quæ verò breuiores anno non fecit longiores nec breuiores: sed in eodem statu reliquit, quia nec vlla causa erat temporis immutandi.

1 ¶ Si seruus, cui creditum est, apud hostes sit: de peculio actio in dominum non anno finienda est, quandiu postliminio reuerti potest.

Ad §.1. Si seruus.

RAT. DVB. Seruus qui captus est ab hostibus, seruus est hostium non prioris domini, & consequenter habendus est exinde pro mortuo, cùm non possit ipse habere ius postliminij, quod non nisi ciuibus Romanis datum est, *l. postliminij 5. §. vlt. & pass. infr. de captiu. & postlim.* Ergo actio de peculio, quæ ex contractu serui contra dominum competebat viuo seruo, finienda est anno, à quo tempore captus ille est ab hostibus, quasi eo iam tum mortuo.

DEC. Etiam serui habent ius postliminij, non quidem ex persona propria, cùm non sint ciues Romani: sed ex persona dominorum, vt reuersi ab hostibus restituantur dominis suis, & perinde habeantur ac si nunquam apud hostes fuissent, *l. sicut, 10. l. ab hostibus, 12. C. de postlim. reuers.* sicut & aliquando accidit, vt liberi ipsi non nisi ex persona parentum habeant ius postliminij, si fortè apud hostes concepti sint, vt in *l. 1. eod. ult. tit.* Hoc enim exigit & honor Reipublicæ & vtilitas parentum ac dominorum, ex qua totum hoc ius postliminij æstimandum est. Ergo quandiu postliminio reuerti seruus potest, non debet, nec potest haberi pro mortuo, ne postliminij ius illud domino eripiatur: ac proinde non potest ex die captiuitatis incipere actio de peculio fieri annalis, quæ quandiu seruus viuit, perpetua est. Sic dicimus seruos, qui apud hostes sunt mortis tempore, si postea reuersi sint ab hostibus, locupletiorem facere hereditatem, etiam quod ad legem Falcidiam pertinet *l. serui, 43. infr. ad legem Falcidiam:* quamuis in ponenda ratione legis Falcidiæ tempus mortis testatoris præcisè spectandum sit, *l. in ratione, 30. l. in quantitate, 74. eod. l. eo tempore, 50. §. 1. sup. tit. prox.* nempe quia quandocunque reuersus seruus semper in ciuitate mansisse intelligitur per fictionem postliminij, *§. si ab hostibus Institut. quibus modis ius patr. potest. soluit.* quam ideò eleganter Papinianus vocat iuris suspensi constitutionem, *in l. penult. infr. de suis & legit.* quia per eam fit, vt iura ciuitatis omnia in suspenso retineantur, non abrumpantur, *leg. illa institutio, 32. §. 1. de heredit. instit.*

3. POMPONIVS libro 4. ad Quintum Mucium.

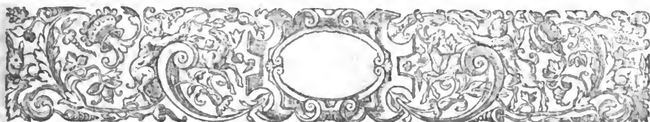
DEfinitione peculij interdum vtendum est, etiam si seruus in rerum natura esse desiit, & actionem Prætor de peculio intra annum dat. nam & tunc & accessionem, & decessionem quasi peculij, recipiendam: quanquam iam desiit, morte serui, vel manumissione, esse peculium: vt possit ei accedere vel peculio, fructibus, vel pecorum fœtu, ancillarúmque partubus: & decedere, veluti si mortuum sit animal, vel alio quolibet modo perierit.

Ad l. Definitione vlt.

RAT. DVB. Quod amplius non est, & iam esse desiit, nec accessionem, nec decessionem recipere potest, nec augmentum, nec diminutionem, quia non entis, vt vulgò iactari solet, nullæ sunt qualitates, *vulg. l. eius, qui in prouincia 41. supr. de reb. credit. l. si partem 19. quemadmodum seruit. amitt.* Atqui siue morte, siue manumissione serui iam desiit esse peculium. His enim modis extinguitur & moritur, *l. 1. §. meritò supr. hoc tit.* Ergo ab eo tempore nec accessionem recipere potest, nec decessionem: ac proinde postquam seruus in rerum natura esse desiit, serum est quærere de peculio definiendo, id est, de ponenda ratione & quantitate peculij, vt sciatur quid & quantum sit in peculio: sed præcisè inspiciendum est, quid & quantum fuerit eo tempore, quo seruus moriebatur, vt scribit Tryphoninus in *l. penult. in princip. supr. tit. prox.* vbi diximus.

DEC. Distinguendum est peculium à rebus peculiaribus, *l. sed si quis, 33. & seq. supr. titul. prox.* Morte filijfamilias vel serui peculium quidem esse desinit: sed res tamen ipsæ peculiares esse non desinunt, & ideò possunt augeri accessionibus naturalibus, id est, fructibus, pecorum fœtu, ancillarumque partubus. Minui verò si mortuum sit animal aliquod, vel alio quolibet modo perierit, quod erat in peculio: quo casu ipsum quo[...]e peculium aut saltem quasi peculium, qu[...]o Pomponius hîc loquitur, augeri vel minui intelligitur. Accessiones enim & decessiones istæ cùm sint naturales, & sua sponte veniant, non possunt impediri morte & extinctione peculij, & quandiu res peculiares durant, difficile est, vt non adhuc quasi peculium aliquod esse videatur, cui proinde fructus & partus accedant, vt peculio, licèt re vera non tam peculio quàm rebus peculiaribus accepto ferantur, *argum. l. in fideicommissaria, 18. versic. fructus autem infr. ad Senatusconsultum Trebellia.* Et quemadmodum fieri non potest, vt etiam peculio quod fuit & iam esse desiit, non decedant ea quæ ex peculiaribus rebus post mortem serui fato suo pereunt (quis enim fatum illud præstare teneretur?) Ita nec absurdum est augeri ex postfacto fructibus & accessionibus cæteris naturalibus sua sponte prouenientibus, vt eadem ratio sit augmenti & diminutionis, *d. l. penult. §. vlt. sup. tit. prox.* Bene igitur Pomponius hîc scribit definitione peculij interdum vtendum esse, cùm actionem de peculio Prætor dat intra annum, etiamsi seruus in rerum natura iam esse desierit. Nam & tunc quoque, id est, etiam extincto re vera peculio, & accessionem & decessionem quasi peculij recipiendam nihilominus esse, vt neq; recusare dominus possit, quominus peculiariis creditorib. satisfaciat ad finem vsque peculij, quod etiam post mortem serui auctum sit, neque onerari debeat præstatione æstimationis rerum, quæ ex peculio post mortem serui naturaliter, nullaque domini culpa perierunt. Et hanc peculij definitionem eleganter vocat Pomponius, quę constituit finem peculij, & eam quantitatem, vltra quam non possit peculij valor ascendere. Sic Papinianus finem peculij sæpè dixit. Et Paulus finem la-

nem latæ culpæ non intelligere, id quod omnes intelligunt in *l. lata culpa* 223. *de verb. signific.* sed cur addit Pomponius *interdum?* Nempe quia non semper accidit, vt post mortem serui augeatur, quasi peculium accessionib. naturalibus, nec rursus vt minuatur morte rerum peculiarium, extra quos casus augeri certè vel minui peculium, aut quasi peculium post mortẽ serui nullo modo potest, nec aliter definiendum est peculium, quàm quale quantumq; fuit tẽpore mortis serui. Quomodo enim posset augeri ex donationibus aut aliis acquisitionibus serui iam mortui? Quibus nec augetur semper etiam viuo seruo, puta si quis peculiũ legauerit quod fuit mortis tempore, vt in specie *d. l. pen. §. vlt. sup. tit. prox.*



DE IN REM VERSO.

Ad TIT. III.

1. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.



SI hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen teneantur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conuersum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.

Ad l. 1.

RAT. DVB. Ex contractibus eorum quos in potestate nostra habemus, teneri non possumus & obligari, nisi in quantum, & quatenus est in peculio *l. 1. l. nec seruus* 41. *leg. si quis cum filiofamilias* 44. *supr. de pecul.* nec potest tenere actio de peculio, si nihil in peculio sit *l. quæsitum* 30. *l. deposui* 38. *in princ. eod. tit.* atqui actio de in rem verso vna & eadem actio est cum actione de peculio *§. præterea vers. licèt enim instit. quod cum eo qui in alien. potest.* ergo si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habeant, vel habeant quidem, sed nõ tamen solidum habeant, non possunt teneri qui eos habent in potestate, nec si id quod acceptum est in rem eorum conuersum sit.

DEC. Creditor qui cum filiofam. vel seruo alieno contraxit, ita vt pecunia in rem patris vel domini versa sit, nõ tam cum filio vel seruo quàm cum ipso patre aut domino contraxisse intelligitur, *§. vlt. eod. titul.* quia ex re obligatio hæc venit, quæ pupillum etiam & furiosum tenere solet *l. furiosus* 46. *de oblig. & act.* ne alioquin ex aliena iactura locupletetur is, in cuius rem probatur versum esse *l. nam hoc natura* 14. *supr. de cond. indeb. l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* non ergo inspiciendum est, quid aut quantum sit in peculio, sed quid & quantum in rem versum sit & probetur. Probatio enim in rem versi semper exigitur ab eo qui in rem versum allegat *l. ei qui* 7. *C. quod cum eo*, sicut in cæteris omnibus semper eius est probare qui dicit, non qui negat *l. 2. infr. de probat.* In eoque hæc actio de in rem verso incommodior est actori, quàm actio de peculio in qua probandum tantùm est deberi quod petitur, & tantumdem esse in peculio, etiamsi nihil in rem versum sit *§. cæterùm inst. quod cum eo.* & quod dicimus vnam tantùm esse actionem de peculio, & de in rem verso, licèt duas habeat condẽnationes *d. §. præterea & l. 1. §. vlt.* vbi diximus *supr. tit. prox.* non eò pertinet, vt nihil intersit, an quis agat simplici actione de peculio, an cum adiectione illa de in rem verso, alioqui nec diuersas condemnationes haberẽt quomodo habent, sed vt intelligamus, eum qui agit de peculio agere etiam de in rem verso, & contrà, eum qui agit de in rem verso, agere etiam de peculio, si modò aliquod peculium sit, vt actio de peculio tenere possit: sed si vel nullum penitus sit peculium, vel minùs sit in peculio quàm in eo quod in rem versum est, non potest actio de in rem verso dici actio de peculio, quia priore casu actio de peculio non tenet, si nihil sit in peculio, ne quidem tempore condemnationis *d. l. quæsitum & d. l. deposui.* Posteriore verò tenet quidem, sed vsque ad eam quantitatem, quæ est in peculio, non vltra. Quicquid ergo peculium excedit per adiectionem illã de in rem verso petendum est, non per actionem de peculio, & necesse est vt hoc casu actio de in rem verso transeat in nomen proprium actionis, sicut & cùm adẽptum est peculium, aut actio de peculio anno finita est, vt in *§. prox.* ergo se habent ista inter se tanquam excedentia & excessa. Fieri enim potest, vt in actione de peculio plus sit quàm in actione de in rem verso, fieri etiam, vt è contrario plus sit in actione de in rem verso, quàm in actione de peculio *d. §. cæterùm & seq. inst. quod cum eo.* Plus quidem in actione de peculio, si minùs in rem versum probari possit, quàm quod in credito est, & in peculio: plus verò in actione de in rem verso, si in peculio minùs sit, quàm quod & creditum, & in rem versum probatur. Et sanè habent quidem & actio de peculio

& de in rem verso eandem causam originis, contractum scilicet cum filiofamilias vel seruo initum, sed tamen diuersas causas condemnationis. Ideò enim actione de peculio condemnatur ex filij vel serui contractu pater aut dominus, quia peculium habet, & quidem quantum satis est ad ferendam condemnationem, itemque quia etiam id quod in rē domini vel patris versum est in peculium conuertitur §. *vlt. infr.* Actione autem de in rem verso, quia tanta pecunia in rem patris vel domini versa probatur, non inspecto eo an min⁹, aut nihil omnino sit in peculio? ex his apparet egregiè nostros errare cùm ex quolibet & cuiuslibet cōtractu dant actionem de in rem verso, contra quemcunque in cuius rē pecunia versa sit. Cùm tamen non sit illa à Prætore comparata nisi ex contractu filijfamilias, vel serui cōtra patrem vel dominum: nec vnquā sanè alia actio deficit, per quam conueniri possit is in cuius rem pecunia versa est ne ex aliena iactura locupletaretur vt in *l. ei qui 7. in fin. Codic. quod cum eo. iunge l. si res 5. §. vltim. infrà, hoc titul. leg. ciuitas 27. suprà, de rebus creditor. iunge §. proximo.*

1 ¶ Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio. rectissimè enim Labeo dicit fieri posse, vt & in rem versum sit, & cesset de peculio actio. quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid, si morte serui extinctum est peculiū, & annus vtilis præterit? de in rem verso namque actio perpetua est [a]: & locum habet, siue ademit siue dolo malo, siue actio de peculio anno finita est.

Ad §. 1. *Nec videtur.*

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones sine causa, vt neque multiplicanda entia secundùm Philosophos *l. hinc quæritur 19. §. vlt. sup. de pecul.* atqui poterat sufficere actio de peculio, præsertim cùm ipsa actio de in rē verso, non alia sit quàm de peculio, vt proximè diximus ex §. *præterea inst. quod cum eo & l. 1. §. vlt. supr. tit. prox.* ergo frustra videtur actio de in rem verso promissa. DEC. Fieri potest, vt & in rem versum sit & cesset tamen de peculio actio, fortè si dominus peculium seruo ademerit sine dolo malo, aut si morte serui vel manumissione vel alienatione extinctum sit peculium, & annus vtilis præterierit. His enim omnibus casibus de peculio agi non potest, quia peculium nullum est *l. si pro patre 10. §. quare potest dici l. interdum 14. inf. hoc tit. l. quis ergo 16. vers. Marcellus l. summa cum ratione 21. suprà, de pecul. l. 1. in princ. & §. meritò supr. tit. prox.* non ergo frustra hanc actionem de in rem verso Prætor proposuit, & quidem separato nomine, & tāquam actionem diuersam ab actione de peculio, quoniam iis casibus, quibus actio de peculio locum habere non potest, hæc actio transit in proprium nomen contractus, vt proximè diximus post Cuiacium ad *l. seruus 17. §. 1. infr. hoc tit.*

a *De in rem namque verso actio perpetua est.* RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad sententiam præcedentem. Nam si actio de in rem verso non posset separatim subsistere sine actione de peculio, fatendū esset, finito & extincto peculio nullam superfore actionem de in rem verso, nisi eam quæ superest de peculio intra annum: at quia iis casibus quibus cessat actio de peculio, competit actio de in rem verso, si modo in rem versum allegetur, & probetur, transitque in proprium ius & nomen actionis, nihil absurdi est actionem de peculio esse aliquando annalem, actionem autem de in rem verso semper esse perpetuam *l. 1. §. vlt. supr. tit. prox.* nec tam mirum videri debet, quòd actio de in rem verso sit perpetua cùm sit rei persecutoria ex regula *l. in honorariis 35. de oblig. & actio.* quàm quod actio de peculio, quæ semper æquè rei persecutoria est, sit aliquando annalis: cuius tamen iuris rationem attulimus ad *l. 1. §. meritò supr. tit. prox.* Cur verò actio hæc de in rem verso perpetua sit non annalis, ratio euidens est, non tantùm ex parte actoris illa quam attulimus, quòd rei persecutionem contineat, sed etiam ex parte patris vel domini qui conuenitur, quod non sit ferendum, vt ex creditoris damno & iactura locupletetur, quomodo contingeret, si neque de in rem verso, neque alia vlla actione teneretur: nam & in aliis omnibus edicti partib. etiam ex quibus causis annuæ sunt actiones & annua interdicta, ex iis causis de eo quod peruenit ad eum cum quo agitur, post annum quoque iudicium dandum est, adeoq; in heredem, vt lucrum ei extorqueatur *d. l. in honorariis l. penu. infr. de interd.* Quod & in actionibus merè pœnalibus obtinet, siue sint ciuiles, siue prætoriæ *l. in heredem 5. iunct. l. si quis ab alio 7. in princ. & §. 1. de calumniat. l. vnic. C. ex delict. defunct. & l. sicuti, 8. de reg. iur.*

2 ¶ Item si plures agant de peculio: proficere hoc ei, cuius pecunia in rē versa est, debet: vt ipse vberiorem actionem habeat. Certè si præuentū sit ab aliquo [b] & actum de peculio: de in rem verso actio an cesset, videndum, & refert Pomponius, Iulianum existimare, de peculio actione peremi de in rem verso actionem: quia in peculium conuersum est, quod in domini rem erat versum; & pro seruo solutum est, quemadmodum si ipsi seruo domino fuisset solutum, sed ita demum si præstiterit ex actione de peculio dominus, quod seruus in rem eius verterat. ceterùm si non præstiterit, manet actio de in rem verso.

Ad §. 2. *Item si plures.*

RAT. DVB. In actione de peculio post priuilegiarios creditores melior est condicio occupantis *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul.* ergo imputare sibi debet creditor, cuius pecunia in rem patris aut domini versa

versa est quod non fuerit diligentior in actione occupāda: non enim negligentibus & dormientibus, sed diligentibus & vigilantibus iura scripta sunt *l. non enim 16. supr. ex quib. cauſ. maior. leg. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit.* & quantò plures sunt creditores non priuilegiarij, tantò magis debet hic creditor imputare suæ negligentię, cū tanto diligentior esse debuerit. Addidi *non priuilegiarii*, quia contra priuilegiarios nulla prodesse potest diligētia, cùm illi semper occupasse ac priores egisse intelligantur *d. l. ex facto verſ. & quia occupantis*, vbi diximus. Porrò pluribus creditoribus simul agētibus & eodem tempore actionem occupantib. certū est eos concurrere sibiq; inuicem partes facere, ac proinde quò plures sunt creditores, eò minores portiones singulos consequi, cùm inter omnes diuidēdum sit peculium pro ratis portionib⁹, vt fieri necesse est quoties par est causa omniū creditorū, vt in *l. cū in eo 44. sup. de pact. l. cū hereditas 59. de admin. tutor. l. 5. §. vlt. sup. de tribu. act.* quomodo igitur verū esse potest, ꝙ Vlp. hîc scribit, si plures creditores agant de peculio proficere hoc ei debere cuius pecunia in rē versa est, vt ipse vberiorem actionem habeat? Dec. Quò plures sunt creditores cōcurrentes in actione de peculio, aut alio atq; alio tēpore agentes, eo minùs singuli possunt cōsequi ea actione, cùm tanto plures portiones fieri necesse sit, siue viriles, siue dispares, vt omnib. aut simul, aut separatim & ex ordine satisfiat: atqui quāto minùs erit in peculio, tāto plus esse necessariū est in actione de in rē verso, quia ad finē vsq; peculij actio de in rē verso confunditur cū actione de peculio, & vna eadēq; censetur esse actio, at in eo ꝙ peculij quātitatē excedit, actio de in rē verso propriā naturam habere incipit ab actione de peculio separatā: & hoc sensu quaten⁹ decrescit actio de peculio, eaten⁹ crescit actio de in rē verso, & cōtrà. Atqui quo plures sūt creditores agētes de peculio, eo min⁹ cōmodū est ꝙ ex actione de peculio sperare quilibet creditorū potest, cū inter chirographarios creditores adiectio noui creditoris deteriorē semper faciat antiquioris cōdicionem *l. 1. §. 1. infr. de separ.* tanto vberior ergo fit hoc ipso actio de in rē verso, in quā scilicet id omne veniet quod in actione de peculio venire nō poterit.

a *Certè si præuentū sit ab aliquo.* Sensus est si quis ex creditorib. peculiariis præuenerit & occupauerit in actione de peculio, ne cæteris in occupādo diligētiorib. postponeretur, an per actionē de peculio consūpta sit, cessetq; actio de in rem verso, & respondet ad quæstionem hanc Vlpianus ex Iuliano & Pomponio, per actionem de peculio perimi de in rem verso actionem.

Rat. dub. est, quia is qui agit de peculio eam tātùm actionē consumit quā exercet: ergo solā actionē de peculio non etiā de in rē verso, quæ separatum actionis nomen, & ius habet, & quæ etiam deficiente extinctaq; actione de peculio solet cōpetere *l. interdū 14. infr. hoc tit.* Dec. Quod in rē domini versum est in peculiū quoq; cōuersum est. Fit. n. peculiare quicquid seruo peculium habēti creditur, & tanto locupletius facit peculiū: ergo cū de peculio actū est, de eo quoq; ꝙ in rē versum fuit actum esse necesse est. Proinde sicut is qui egit de peculio actionem de peculio consumpsit; ita & actionem quoq; de in rem verso eodē iudicio & propositā & extinctā fuisse credendū est, & quemadmodū si ꝙ seruo creditū, & ab eo in rem domini versum est, seruo solutum fuisset à domino liberaretur dominus, nec ea de causa cōueniri à creditore de in rem verso posset, quia se à seruo quē priorem & immediatū creditorē habuisset, liberasset, nec nisi de peculio conueniri à creditore serui amplius posset; ita & ꝙ actione de peculio cōuentus dominus præstitit creditori, liberare dominū debet ab actione de in rē verso, nō minùs quàm ab actione de peculio; sed hoc tamē cū distinctione accipiendū est: nā si ex illa actione de peculio dominus præstiterit creditori ꝙ in rem domini seru⁹ verterat, id demùm procedit, ꝙ modò diximus. Alioqui bis idem consequeretur creditor si quod in rem domini versum est cōsecutus esset actione de peculio, iterū peteret actione de in rē verso, ꝙ alienum esset à bona fide, & à iuris tā ciuilis quā prætorij æquitate *l. si quis dolo 51. in fin. infr. de re iudic. l. bona fides 57. de reg. iur.* At si fingas dominū actione de peculio aut nihil, aut minùs præstitisse quàm in rem ipsius versum fuerit, puta quòd dimissis priuilegiariis creditoribus, & aliis anterioribus, id est, diligentioribus non superfuerit tantum in peculio quantum in rem domini versum erat, manet proculdubio actio de in rem verso: quā iniquum esset dicere cōsumptam & peremptam esse per actionē de peculio, quaten⁹ actio illa de peculio inutiliter & inefficaciter esset instituta. Est enim hæc res ex earum numero in quibus non tam intentio creditoris, quàm perceptio debiti liberat debitorem *l. si ex duobus 32.* vbi diximus *supr. de pecul.* idque ex summa, vt nemo non videt, æquitate, sed quæ in actione de in rem verso tantò maior est, quantò iniquiùs esset locupletari patrem vel dominum ex iactura creditoris.

2. Iavolenvs libro duodecimo ex Cassio.

QVi nummis acceptum seruum manumisit, agi cum eo, de in rem verso non potest: quia, dando libertatem, locupletior ex nummis non fit.

Ad l. Qui nummis 2.

Rat. dub. Actio de in rem verso cōpetit quoties quis nummos credidit seruo, & ij in rem domini versi sunt, siue peculium aliquod, siue nullum sit *l. 1. §. 1. supr.* atqui ponimus nummos fuisse creditos seruo, vt eos daret domino suo manumissionis gratia, aut si voles: nihil enim refert, numeratos domino serui nomine à creditore ob hoc ipsum, vt seruus manumitteretur, & eos in rem domini versos fuisse. Id enim est quod lex ait, *qui nummis acceptis* quomodo legendum est: non autem *acceptum seruum manumisit*, & quamuis Iauolenus non adiiciat quod nos adiicimus pecuniam in rem domini versam fuisse, id tamen necessariò adiiciendum & supponendum est quoties de in rem verso disputatur: ergo agi cum domino ex hac causa etiam de in rem verso potest.

Dec. Is demùm de in rem verso tenetur qui ex nummis seruo creditis, aut quod idem est serui nomine numeratis fit locupletior. Quid. n. est in rem alicuius pecuniam vertere quàm facere illum locupleriorem? Aut quænam alia ratio inducendæ actionis de in rem verso, quàm ne pater vel dominus ex creditoris iactura locupletaretur?

Atqui in proposita specie dominus qui ob acceptos nummos libertatem seruo dedit non ideò locupletior ex his nummis factus intelligitur cùm seruum amiserit: nec distinguimus an pluris minorísve seruus fuerit, si quis domino in eam causam nummos numerauerit, cùm tanti eum dominus æstimauerit, tantique habuerit eo carere, vt loquitur Vlpianus, licèt in alia specie in *l.4.§.1.supr.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* ergo actione de in rem verso dominus hoc casu teneri non potest: nec ad rem pertinet quod seruum amittendo libertū sibi acquisiuerit: cùm neq; liberti acquisitione quisquam fiat locupletior *l. nemo prædo est 126.§.1.de reg. iur.* at si seruus ipse domino quantitatem dederit, vt manumittatur quā à me mutuam accepit, distinguendum est an plus sit in eo quod seruus dedit quā in serui precio, vt subiicitur in *l.seq.*

3. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

QVòd si seruus domino quantitatem dederit, vt manumittatur, quam à me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari: in rem autem videri versum, si quis plus sit in eo quod seruus dedit, quàm est in serui pretio.

Ad l. Quòd si seruus 3.

RAT. DVB. Nihil videtur interesse an domino pecuniam seruus ipse numerauerit manumissionis gratia, quam ab alio mutuam accepit, an verò alius nomine serui ob eādem causam, vt idem seruus manumitteretur, vt proximè dicebamus; an non enim vtroq; casu seruus pecuniam numerare intelligitur? atqui superiore casu nulla distinctio adhibetur nec quicquam videtur versum in rem domini licet plus sit in eo quod serui manumittendi nomine datum est quàm sit in serui precio, vt apparet ex hac lege quæ in alio casu diuersum ius constituit adhibita huiusmodi distinctione, ergo neque cùm seruus ipse domino pecuniam numerat quam ab alio mutuam accepit, distinctio hæc adhibenda est.

DEC. Cùm alius serui nomine pecuniam numerat, vt seruus manumittatur, ferè est vt seruum ipse emere ac quodammodo manumittere videatur. Proinde non potest distingui quantitas precij à quātitate datæ pecuniæ, quia totum id quod datum est in serui precio esse, & precij nomine datum intelligitur. At cùm seruus ipse dat pecuniam domino quā mutuam accepit, idq; vt manumittatur, non potest videri seipsum emere tantique æstimare. Distinctio igitur adhiberi commodè potest & necessaria est an plus sit in pecunia quàm in precio serui, vt quamuis nulla pars huius pecuniæ in peculium computari possit, quia ea mente credita seruo est, vt statim & rectà ad dominum perueniret, non vt penes seruum qui peculium habebat remaneret, in rem tamen domini versa videri debeat pro ea parte quæ serui precium excedit, ideoque actione quidem de peculio nihil ex hac pecunia repetetur, sed actione de in rem verso, id quod plus est in eo quod seruus dedit, quā in serui precio sit per actionē de in rē verso peti poterit.

1 ¶ In rem autem versum videtur: siue idipsum quod seruus accepit, in rem domini conuertit: (veluti si triticum acceperit, & idipsum in familiam domini, ei Variorum nomine, consumpserit: aut si pecuniā à creditore acceptam, dominico creditori soluerit. sed & si errauit in soluendo, & putauit creditorem eum, qui non erat: æquè in rem versum esse, Pomponius lib. 61. ait, quatenus indebiti repetitionē dominus haberet) siue cùm seruus dominici negotij gerendi[a] administrandíve causa quid gessit: (veluti si mutuatus sit pecuniam, vt frumentum cōpararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam) siue peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. hoc enim iure vtimur, vt etiam si priùs in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

Ad §.1. In rem autem versum.

RAT. DVB. Certum quidem est, & extra omnem omnino dubitationem in rē domini versum videri, si id ipsum quod seruus accepit in rem domini conuerterit, veluti si triticum acceperit, & idipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit, aut si pecuniam à creditore acceptam dominico creditori soluerit, cùm his duobus casibus fiat vtriq; dominus locupletior *l. siue hereditaria 22. supr. de nego. gest. l. si pupilli 66. infrà, de solut.* sed si seruus errauerit in soluendo, & putauerit creditorem eum, qui non erat, quis dicat in rem domini versum esse quod indebitum solutum est, & falsò creditori? aut locupletiorem factum cū esse ex ea solutione quę ipsū à nemine liberauerit? siquidē liberatio quælibet supponit antecedentem aliquam obligationem.

DEC. Locupletior fit quisquis acquirit sibi actionem, quoniam is qui actionem habet etiam rem ipsam habere iam videtur *l. is qui actionem 15. de reg. iur.* At in proposita specie habet dominus condictionē indebiti aduersus falsum creditorem, qui tanquam verus solutionem accepit. Ergo & de in rem verso cōueniri potest: nec est quod quis replicet, interesse domini non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3. infr. de compensat. l. stipulatus sum 15. in prin. de fideiuſ.* nam cum hoc casu nō alia de causa dominus teneatur quàm quod habeat condictionem, non ad aliud teneri potest quàm vt eam condictionem præstet, ex regula *l. quod debetur 51. in fi. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. verſ. nisi forte sup. de her. petit.* atque ita neuter in damno

damno morabitur. Nec simile est, quod si negotiorũ gestor indebitũ soluerit ei cuius negotium gestũ est, non competit repetitio *l. si quis 23. sup. de negot. gest.* Id enim fit, quia sibi debet imputare negotiorũ gestor ꝙ temerè soluerit, non autẽ ei cuius negotia gessit, cuius proinde nihil interest, cũ eo nomine cõueniri nõ possit actione negotiorũ gestorũ. Cuius autẽ nihil interest ei neq; condictio, neq; alia actio vlla dari potest, cũ & obligationes & actiones omnes ad hoc cõparatæ sint, vt sibi vnusquisq; acquirat ꝙ sua intersit *l. stipulatio ista 38. §. alteri, l. 3. §. 1. de verb. oblig.* At nõ similiter possis dicere, imputare sibi debere seruũ qui falso creditori soluit, quia qui nihil habet ꝙ perdat, vt seruus qui proprium nec habet quicquam nec habere potest, eius periculo nihil est, inquit Vlp. in *l. itaque fullo 12. in princ. infr. de furt.* Cui ergo velis imputare factum serui, qui falso creditori soluit nisi domino, qui peculium administrãdum seruo dedit, & cuius peculium intuitus est creditor, & domini personam secutus, cùm pecuniam seruo credidit? Quid verò si sciebat creditor alios fuisse domini creditores veros, quib. vtiliter seruus soluere & potuisset, & debuisset? an possis aliquid ei imputare? nam nec in exercitoria, vel in institoria actione, quæ tamen specialiorem aliquam rationem habere videtur, aliud vtique à creditore exigimus, nisi vt sciat necessariam esse, vel nauis refectionẽ, vel mercis comparationẽ, non etiam vt ipse curam suscipiat erogandæ in hanc vel in illam causam pecuniæ *l. vlt. iunct. l. 1. §. vnde quærit supr. de exercit. act.* Consequens igitur est, vt hoc casu teneatur dominus de in rẽ verso, hactenus saltem vt condictionẽ quam habet aduersus falsum creditorem qui indebitum accepit, actori præstare, vt diximus, teneatur, vt & in specie *§. idem Labeo infr.* iunge *l. si pro patre 10. §. in rem autem versum infr.*

a *Siue cùm seruus domini negotij gerendi.* RAT. DVB. Cùm seruus pecuniam mutuatus est, vt frumentum compararet ad alendam familiam domini, vel si ad eam vestiendam, nec tamen frumenta vlla aut vestimenta comparauit, aut etiam cùm peculiariter pecuniam mutuatus est, constat his casibus pecuniam conuerti statim in peculium, non autem in rem domini. Ergo quamuis posteà hæc pecunia in rem domini versa sit, actio tamen de peculio duntaxat, non etiam de in rem verso danda est, initio scilicet inspecto quod semper inspiciendum est, maximè cùm de nomine & iure actionis quæritur *l. si procuratorem 8. in princ. infr. mandat. l. si tantùm 12. supr. de SC. Maced. l. 3. §. scio in fin. supr. de minor.*

DEC. In hac specie siue initium negotij consideres, fuit mutua data, & accepta pecunia, vt in rem domini, & quidem in vsus necessarios cõuerteretur, siue finem & effectum rei, tandem in rem domini versa est. Cur ergo non competat actio de in rem verso, licèt pecunia priùs in peculium, quàm in rem domini versa proponatur? iunge *l. si res 5. §. vltim. infr. hoc titul.* nam nec est quod possis hoc casu imputare creditori qui non tantùm bona fide pecuniam credidit, sed ea quoque mente, vt in rem domini verteretur. Et quamuis non in eam rem versa sit in quam versum iri spectabatur, sufficit tamen, vt in rem domini versa sit quoquo modo ad obligandum dominum actione de in rem verso. In eoque melior est condicio actionis de in rem verso quæ solàm domini vtilitatem exigit *d. l. si res in princ. & §. quo. l. seruus,* in illis verbis *rem necessariam vel vtilem domino emit* inf. quàm actionum exercitoriæ & institoriæ, quæ præcisam necessitatem requirunt & necessitatis probationem *d. l. vltim. supr. de exercit. act. d. l. 5. si res 5. infrà, hoc tit.* sicut & in eo deterioris condicionis est quod exigit à creditore, vt sit curiosus in quam rem pecunia vertatur *§. sed si sic accepit in fin.* Illud sanè ad actionem de in rem verso inducendam omnino exigitur, vt pecunia ob hanc causam data sit, vt in rem domini verteretur, quomodo Paulus loquitur *lib. 2. sentent. tit. 9.* quod verò pecunia priùs in peculium versa sit, non tollit actionem de in rem verso si modò eadem pecunia posteà in rem domini versa sit, vt scriptum est in *fine huius §.* Quod tamen quo demùm casu verum sit & quomodo accipiendum, latiùs explicat Vlpianus in *l. si res 5. §. vltim. iunct. l. seq. infr.* vbi dicemus.

2 ¶ Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem: quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiénsque aliquid ita consumpsit seruus[a] vt aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.

Ad §. 2. Et regulariter.

RAT. DVB. Non habet procurator actionem mandati contra mandantem si quid ipse soluerit indebitum falso procuratori, quia non hoc ei mandatum esse intelligitur: multò minùs autem negotiorum gestor actionem negotiorum gestorum, cùm nihil gesserit vtiliter, qui falso creditori & indebitum soluit, *l. si quis 23. supr. de negot. gest.* & tamen obligat dominum seruus actione de in rem verso, si pecuniam quam mutuam acceperat, vt vero creditori solueret, falso soluerit, vt scriptum est in *§. præcedente.* Ergo non est vera regula quæ hîc proponitur, toties de in rem verso esse actionem, quoties & quibus casibus procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.

DEC. Regula quidem ea est, quæ hîc proponitur, sed quæ tamen habet suas exceptiones, vt cæteræ omnes ferè regulæ *l. 1. l. omnis definitio 202. de regul. iur.* Inter cæteras autem hæc vna est, & huius exceptionis ac limitationis, vt aiunt, ratio illa quam attulimus ad *§. praced.*

a *Quotiésque aliquid consumpsit seruus.* RAT. DVB. Ad obligandum patrem vel dominum actione de in rem verso non sufficit, vt res domini deterior facta non sit, sed illud omnimodo exigitur, vt facta sit melior: necessitatem enim aut saltem vtilitatem domini interuenire oportet, vt hæc actio inducatur *l. si res 5. in princ. & §. quod seruus infr.* Longè verò interest, vt nemo nescit an melior res facta sit, an nõ deterior, alioqui multo longiùs pateret actio de in rem verso quàm pateat si sufficeret factam non esse deteriorem rem domini: haberétq; locum etiam in specie *l. 2. supr.* quod tamen ex Iauoleno negauimus. DEC. Potest fieri & euenire facilè, vt ob pecuniã seruo creditã res domini melior quidẽ facta nõ sit, sed tamen nec deterior facta sit quomodo facta esset si ad eam in statu suo conseruandam, neque credita pecunia,

neque sumptus vllus factus fuisset. Aliud enim est rem facere meliorem, aliud verò in eo statu in quo est illam conseruare. Et quemadmodum *Non minor est virtus quàm quærere parta tueri*, ita nec minore interdum sumptu res conseruantur, quàm meliores fiunt. Vtroque igitur modo in rem domini vertitur, & res ipsa quoque fit melior, quæ alioquin fieret deterior. Imò verò maximè necessariæ impensæ dicuntur quæ in rem conseruandam fiunt & quibus non factis res deterior fieret, licèt non ideo fiat melior, *l. impensæ 14. l. vl. de impẽs. in reb. dot. fact. l. impensæ, 79. de verb. sign.* Et ita locus hic planè intelligẽdus est.

3 ¶ Proinde si seruus sumpsit pecuniam, vt se aleret, & vestiret secundùm cõsuetudinem domini: (id est vsque ad eum modum, quem dominus ei præstare consueuerat) in rem domini vertisse, Labeo scribit. Ergo idem erit & in filio.

Ad §. 3. Proinde si seruus.

RAT. DVB. ET DEC. est quæ ad *versiculum vltimum §. præcedentis*. Hic namque §. nihil nisi illatio est ex eo quod dictum fuit in superiori. Cùm enim seruus sumpsit pecuniã, vt se aleret ac vestiret secũdùm consuetudinẽ domini, id est, vsque ad eum modum, ad quem dominus victum vestitúmque ei præstare consueuerat, nihil in rem domini versum esse videtur, quia non ideò vel melior vel preciosior fit seruus, quàm esset anteà, sed eiusdem precij, fortassis etiam minoris, si seruorum precia sint diminuta, sed tamen contrà sensit Labeo: Et rectè. Quid enim magis necessarium ad vitam serui conseruandam, quàm vt & victum habeat & vestitum, quæ duo præcipua sunt humanæ vitæ munimenta? Sine quibus nõ modò deteriorẽ fieri hominẽ: sed etiam omnino perire necesse est. Nihil ergo est quod magis in rẽ domini vertatur, quàm quod in alimẽta & vestimenta serui creditũ & impensum est, proinde hoc etiã casu erit de in rem verso actio. Et quemadmodum solemus dicere speciem acquirendi esse liberari ab obligatione *l. species, 11. de acceptilat. l. si pupillus, 66. in fin. de solut.* Ita & prima, & potissima pars locupletandi patrimonij est non fieri pauperiorem, & quod iam in patrimonio est, bene tueri & conseruare. Idem ergo & in filiofamilias erit, vt quod in eius victum, vestitúmque impensum fuerit dum ne solitum & probabilem impensæ modum excedat in rem patris versum esse intelligatur, *l. filiusfamilias, 19. l. vlt. infr. hoc titul.* Patris enim onus hoc fuit, vt filium aleret, vestirétque, nec proinde Senatusconsulto Macedon. locus esse hoc casu potest, *l. 2. l. Macedoniani, 5. C. ad Senatusconsultum Maced.*

4 ¶ Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornauit tectoriis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quàm ad vtilitatem: non videtur versum: quia nec procurator hæc imputaret. nisi fortè mandatum domini, aut voluntatem habuit. nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. quid ergo est? pati debet dominus [a] creditorem hæc auferre, sine domus suæ videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, vt quanti pretiosior facta est, id præstet.

Ad § 4. Sed si mutua.

RAT. DVB. Etiam cùm pecunia quam seruus mutuam accepit in id erogata à seruo est, vt domum dominicam exornaret tectoriis, & quibusdam aliis huiusmodi rebus, quæ ad voluptatem magis quàm ad vtilitatẽ dom⁹ dominiq; pertineant. Negari non potest, quin res tanto preciosior facta sit, & cõsequẽter dominus locupletior. Atqui cùm de in rẽ verso quæritur illud maximè & potissimũ inspici solet, an dominus vel pater ex ea pecunia locupletior factus sit *l. 2. sup.* Cùm tota ferè huius actionis ratio in ea æquitate consistat, quod iniquum sit patrem vel dominũ ex damno & iactura creditoris fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura, 14. supr. de condict. indebit. l. iure natura 206. de regul. iur.* Ergo etiam hoc casu actio de in rem verso locum habere poterit.

DEC. Non debet pater vel dominus onerari ea impensa, quam non fuerat ipse facturus, ne alioqui cogatur domum ipsam vendere in quam voluntariæ impensæ factæ sunt, vt eas præstet, quod esset iniquum, *l. in fundo, 38.* vbi diximus *supr. de rei vindicat. l. seruos 25. sup. de pignor. act.* Qua etiam ratione nec procurator actione mandati hos sumptus domino imputaret, nec gestor negotiorum absentis actione negotiorum gestorum, *l. idémque 10. §. idem ait. infr. mandat. l. ex duobus, 27. supr. de negot. gest.* Non enim videtur vtiliter rem gerere is qui dominum onerat eiusmodi sumptibus quos ipse facturus non esset, *l. sed an vltrò, 10. §. 1. & l. seq. eod. tit.* Regulariter autem dicimus toties de in rem verso esse actionem, quoties procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorũ haberet actionẽ, *§. & regulariter, 2. supr.* id est, quoties necessaria fuit impensa vel vtilis, quarũ impensarum hæc facit rem meliorem, illa non patitur fieri deteriorem. Excipiendus tamen semper casus ille est, qui in hac lege excipitur, nisi is qui impensas istas voluptarias fecit, domini vel mandatum habuerit, vel saltem voluntatem. Hoc enim casu non potest dominus recusare quominùs impensas omnes præstet, quæ voluntate ipsius factæ sunt, quãuis mandatum ea de re nullum intercesserit. Non enim mandatum in hanc rem exigitur, sed nuda voluntas sufficit, quia non potest vlla videri facta iniuria ei qui semel voluit, *l. in diem, 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Quid ergo est? Pati debet dominus.* RAT. DVB. Imputari potest creditori qui seruo pecuniam credidit, si ea voluntate fuit vt dominum sibi actione de in rem verso obligaret, cur non fuerit curiosior, vt in rem domini pecunia verteretur, id est, vt in vtilem vel necessariam causam impenderetur, *§. sed si sic acceptit infr.* Ergo non est ei permittendum, vt impensas illas voluptarias in rem domini factas auferat, cùm pecuniam suam donasse videatur, quomodo solemus dicere de malæ fidei possessore, qui in rem alienam sciens impendit, *l. adeò, 7. §. diuersò. vers. certè Institut. de acqu. r. rer. domin. l. qui alienum, 14. infr. de donat. l. si seruus, 27. §. si oliuam, supr. ad legem Aquiliam, l. domum, 5. Cod. de rei vindicat.* Nec

habet

habet hic creditor quod conqueratur quasi maneat in dãno: nullum enim damnum sentire quis videtur, quod ex culpa sua sentiat, *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Dec. Cùm inter duos contenditur, curandum est, quantum fieri potest, vt desiderio vtriusque satisfiat, nec alteruter lædatur, *l. ex his 8. in fi. infr. Quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis, 58. in fi. solut. matrim.* Ideóque dici solet, quod vni prodest, & alij non nocet facilè concedendum esse, *l. in creditore, 38. in fi. de euict.* Atqui cũ permittitur creditori, cui actionem de in rẽ verso denegamus, vt tectoria & alias huiusmodi voluptarias impensas auferat, quæ sine domus detrimento, dominique iniuria auferri possunt, & commodam recipiunt separationem (non enim semper recipiunt, *l. sin autem 27. §. vlt. & l. seq. de rei vindic.*) vt loquitur, *l. pro voluptariis, 9. de impens. in reb. dotal. fact.* vtrique parti consulitur, & domino ne talium sumptuum refusione oneretur, & creditori, ne in damno protsus maneat, qui nihil minùs cogitauit, quàm vt pecuniam suam donaret, quam è contrario mutuam dare voluit tantundem à domino repeciturus. Nam nec prædoni hoc denegandum est, si Caio credimus in *l. vtiles 39. in fin. suprà, de hered. petit.* De quo tamen videnda sunt, quæ de tota illa impensarum quęstione latiùs scripsimus, ad *d. l. vtiles & ad d. l. in fundo 38. de rei vindic. Iunge l. pro voluptariis 9. de impens. in reb. dot. fact.* Illud obseruandum est quod in *fi. huius* §. statim sequitur, *ne cogendus sit dominus vendere domum, vt quanti preciosior facta est, id præstet*, non rationem esse *proximi huius versiculi*: sed eius sententiæ, quæ *initio* §. proposita est de non danda contra dominum, ex hac causa, de in rem verso actione.

5 ¶ Idem Labeo ait, si seruus mutuatus nummos à me, alij eos crediderit: de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est. quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit [a], sed quasi dominicæ rationis: ex qua causa hactenus erit dominus obligatus [b]: vt, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratorémque eum faciat.

Ad § 5. Idem Labeo ait.

Rat. dub. Cùm seruus nummos sibi creditos alij credidit, non videtur eos in rem domini vertisse nec in ipsius vtilitatem. Quænã enim vtilitas esse potest, si quis se debitorẽ cõstituat eius pecuniæ, ex qua sibi alium debitorem quærat? Annõ multò locupletior est is qui nihil debet, etiamsi nihil ei debeatur quã qui certæ quãtitatis debitor est Titij, & creditor Sempronij? quod enim debes, id soluere necesse habes, vt te tuúmq; patrimonium exoneres. Quod autem tibi debetur, si voles exigere plerunq; iactura tibi aliqua facienda erit, aut litis & sumptuum, si cum improbo & litigioso debitore tibi res sit aut etiam ipsius debiti vel totius vel pro parte, si cum egeno & qui nõ sit soluendo, *l. quod debetur 51. sup. de pecul. l. nam is, 6. sup. de dolo.* Itaq; nomina ex nominib. facere nunquã prudentis & frugi patrisfam. esse visum fuit. Nec quisquam ferè tam stultus est, vt hoc faciat, nisi qui licère sibi putant, vt grauiorib. vsuris credant pecuniam quam leuioribus acceperint, quod non minùs à bonis moribus, quàm à Christianæ religionis lege alienum est.

Dec. Fit locupletior dominus ex pecunia creditoris qui ex ea sibi acquirit debitorẽ, nec minùs si ex contractu serui, quàm si ex suo proprio. Bona enim cuiusque consistunt etiam in actionibus & nominibus debitorum, *l. bonorum 49. infr. de verb. signific. l. quam Tuberonis, 7. §. in peculio & l. ea quis ergo 16. in fin. suprà, de pecul.* Atqui cùm seruus acceptam ab vno mutuam pecuniam alij credidit obligat accipientem, eiúsque nomen ita domino acquirit vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. seruus vetante, 62. de verb. oblig. l. etiam, 32. de acquir. rer. domin. l. placet 79. de acquir. hered.* Facit ergo dominum locupletiorem, & consequenter obligat eum actione de in rem verso.

a *Si non peculiare nomen fecit.* Rat. dub. Etiam cùm peculiare nomen factum est, non eò minùs fit ex eo locupletior dominus, cuius & peculium ipsum est iure domini. Serui autem non nisi conuenientib. oculis, vt diximus, ad *l. 1. & alibi sæpè sup. de pec.* Ergo & hoc quoque casu actio de in rem verso in dominum dari debet. Dec. Peculium serui quasi proprium ipsius patrimonium intelligitur, & à rationibus domini separatum & considerantur domini & serui patrimonia quasi separata & diuersarum personarum, *l. 4. l. peculium, & ex eo, 39. supr. eod. ill. tit.* Aliud ergo est verti pecuniam in rẽ domini, aliud verò verti in peculium serui. Priore casu dũtaxat habet locum actio de in rem verso. Posteriore autem actio de peculio, *l. quod seruus, 56. eo.* Bene ergo Pomponius supradictam sententiam, quæ Labeonis fuit, ita probat, si non peculiare nomen seruus fecerit: sed quasi dominicæ rationis, quoniam alioqui nomen ex pecunia illa credita contractum peculio acquisitum esset non domino, ideóque nec dominum obligare posset nisi de peculio, & quatenus peculij ratio pateretur, Iunge *l. 5. §. vlt. & l. 6. infr.*

b *Ex qua causa hactenus erit dominus obligatus.* Rat. dub. Actio de in rem verso, quam ex hac causa competere Vlp. retulit, nõ persequitur nomen ex pecunia ipsa credita, contractum, sed pecuniam ipsam creditam & in rẽ domini versam. Est enim reipersecutoria per quam proinde persequitur creditor id, quod sibi abest, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Abest autem non nomen Titij, cui seruus credidit, sed pecunia, quæ ipsi seruo credita est. Ergo ex hac causa non hactenus duntaxat erit dominus obligatus, vt si non putat sibi expedire nomen debitoris habere cedat creditori actionibus, & procuratorem eum in rem suam faciat, quomodo Vlpianus hîc scribit, sed vt omnimodo creditam pecuniam actori soluere ac restituere compellatur. Alioqui videbitur hoc casu aliud pro alio solui creditori inuito, quod ratio iuris non admittit, *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Et quod ad rem nostram propiùs accedit. Eum à quo mutua sumpta est pecunia, non cogi inuitum suscipere in solutum nomen debitoris, apertè scriptum est in *l. eum à quo 16. C. de solut.* Præsertim cùm ita futurum sit vt fiant de lite lites, quod ne quidem in executione iudicati Prætor patitur fieri, *l. 4. §. ait Prætor, de re iudicat.*

DEC. Quoties quis alteri obstringitur non alia de causa quàm quod actionem habeat in alium, nō ad aliud teneri potest, quàm vt actionibus suis cedat, & eum à quo cōuenitur procuratorem in rem suam faciat, quia delegatio hoc casu pro iusta præstatione est *l. quod debetur 51. in fin.* vbi diximus *supr. de pecul. l. si quid possessor 31. sup. de hered. petit.* atqui in proposita specie non alia de causa dicimus teneri dominū actione de in rem verso ei qui pecuniam seruo credidit, quàm quia seruus eandem pecuniam credidit: alij quoque, cuius nomen domino acquisitum est: ergo nec ad aliud dominum obligari æquum est, quàm vt actionibus suis cedat ei cui ipse obligatus est contra eum quē habet ipse obligatum. In plus enim teneri eum esset iniquum ex contractu serui, si fortè is cui seruus pecuniam credidit improbus debitor sit, aut impudens litigator, aut suspectis facultatibus, quem proinde non expediat domino habere debitorem, ne cogatur pro nomine minus idoneo pecuniā soluere creditori, ex cuius pecunia nunquam fuerat ille tam improbum nomē empturus, argumento eorum quæ diximus ad §. *præcedentem ex l. si negotia 11. supr. de negot. gest.* nec iustam conquerendi causam habet creditor, tametsi ita sit futurum, vt moretur in damno, cū debuerit esse curiosior in inquirendo, cùm seruo credidit, in quā rē pecunia verteretᵘ §. *sed si accepit infr.*

6 ¶ Necnon illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus seruus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam: vnguenta fortè: vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministrauit; neque enim spectamus: an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini.

Ad §. 6. Nec non illud quoque.

RAT. DVB. Non conuenit viro bono, nec honestati publicæ credere in rem & vtilitatē domini versam esse pecuniam quam mutuatus est seruus si eam licèt volente domino impenderit, vt emeret vnguēta ad luxuriȩ materiam, aut vt quid aliud ad delicias, vel ad turpes sumptus domino subministraret, cùm enim primum iuris præceptum sit honestè viuere, omnia quæ cōtra publicam honestatem fiunt pro infectis, adeòq; pro impossibilibus haberi oportet *l. filius 15. iunct. l. præced. de condic. instit.* Tantùm abest, vt ex ea causa actio aliqua iure ciuili dari debeat. Ergo nec in rem domini versum hoc videri debet, nec de in rem verso actio ex hac causa competere: quomodo solemus dicere generaliter turpes obligationes, nullius esse momenti, nec vllam ex iis actionem dari *l. generaliter 26. & seq. infr. de verb. oblig. l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem supr. de pact.* nam cùm & obligationes & actiones ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, quod suā interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* causam obligationis & actionis honestā esse necesse est, vt actio dari possit *arg. l. si venditor 6. §. 1. & seq. infr. de seru. export.*

DEC. Causa huius actionis in proposita specie honesta est cùm nascatur actio de in rem verso ex eo quod creditor seruo alieno mutuam pecuniam dedit, vt in negotium domini impēderetur, nec potest negari quin creditoris intersit ex honesta causa, cùm absit ei pecunia quam mutuam dedit, & quam, nec dominus negat impensam esse sua voluntate: quamuis in res futiles, inhonestas & turpes, quia sufficit, vt pecunia in manus domini peruenisse videatur, quomodo peruenisse creditur, si eam seruus pro arbitrio & voluntate domini impēderit: alioqui perinde dicēdum esset, etiamsi creditor non seruo, sed ipsi domino pecuniam credidisset, eámq; dominus in malos & turpes vsus impendisset, denegandam creditori condictionem certi ex mutuo: quod esset absurdum, & iniquum. Is enim qui bona fide cōtraxit ob ea quæ accepta pecunia gesta sunt à debitore actionem suā amittere non debet *arg. l. bona fide 27. in princ. infr. ad SC. Velleian.* & quamuis ad inducendam actionem de in rem verso requiramus in creditore curiositatem, vt inquirat, an in rem domini pecunia vertatur, non tamen illud etiam ab eo exigimus, vt inquirat, an in hanc, vel illam causam, dummodo sciat eā impensum iri in negotium domini, ita volētis & iubentis. Et hoc est quod Vlp. hîc scribit, non esse spectandū, an bono domini cesserit quod cōsumptum est, sed an in negotium domini. Negotiū autem domini est quodcunque vult ille sibi negotium esse, siue honestum sit, siue turpe. Alia causa est eius, qui ex mandato luxuriosi adolescentis pro meretrice fideiussit, aut meretrici pecuniam credidit vt in *l. si verò 12. §. si adolescens infr.* mandat. Itemq; mariti qui voluptarias impensas fecit in rem dotalem licèt volente muliere *l. in voluptariis 11. de impēs. in reb. dotal. fact.* quoniam & mandatum rei turpis nullum est, & non debet esse in potestate mulieris, vt sua voluntate dotē, quam minuat ob voluptarias impēsas marito factas cui illa nimis facilè siue nimio amoris ardore, siue fortassis etiam metu verberum, aut fribusculi consenserit.

7 ¶ Vnde rectè dicitur, & si frumentum comparauit seruus ad alendam domini familiam: & in horreo dominico reposuit, & hoc periit, vel corruptum est, vel arsit: videri versum.

Ad §. 7. Vnde rectè dicitur.

RAT. DVB. Verba omnia cum effectu accipienda sunt, & ex effectu æstimanda *l. 1. §. hac autem verba supr. quod quisq. iur. l. pen. §. docere.* ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat. Maximè verò cùm tractamus de actione hac de in rem verso, in qua nec sufficit ab initio versum esse in rem patris vel domini nisi duret versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. hoc tit.* Atqui cùm seruus tuus mutuam à creditore accepit pecuniam vt frumentum compararet ad alendam tuam familiam, licèt comparauerit, adeòq; frumentum in horreo tuo reposuerit; si tamen id frumentum posteà corruptum sit, vel arserit, vel perierit alio quoquo modo, verum est in effectu nihil in rem tuam versum esse, aut saltem si quid ab initio in rem tuā versū fuisse intelligitur, id nō durasse versū. Ergo actio de in rē verso cōpetere hoc casu non potest.

DEC.

Dec. In omnibus negotiis & contractibus initium semper inspiciendum est, & quid ab initio gestum sit, nō quid posteà euenerit. Maximè cùm quæritur an negotium aliquod vtiliter gestum fuerit. Non enim spectandus est euentus, si modò initium fuerit vtile, *l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& legibus sequentib. supr. de negot. gest.* Estque separandus hac in re effectus rei ab euentu. Non enim si quid ex postfacto contigerit, quod ab initio præuideri nec potuit, nec debuit, eò minùs verum est versam ab initio fuisse pecuniam in rem domini, cùm ex ea comparatum est frumentum ad alendam domini familiam, tametsi postea frumentum illud casu aliquo fortuito perierit, quia casum illum fortuitum nocere domino æquius est, quàm creditori, cui nihil imputari potest, *l. quæ fortuitis*, 6. *l. pignus*, 9. *C. de pigno. act. l. contractus*, 23. *de reg. iur.* Et quod dici solet non videri versum quod non durat versum, non de ea duratione accipiendum est, quæ per emergentem casum aliquem fortuitum impediatur, sed quæ sua sponte & naturaliter intercidat, vt in *l. si seruus*, 31. *supr. famil. ercisc.*

8 ¶ Sed etsi seruum domino necessarium emisset, ísque decessisset, vel insulam fulsisset, eáque ruisset: dicerem, esse actionem de in rem verso.

Ad §. 8. Sed etsi seruum.

Ratio dubitandi et decidendi, ad hunc §. eadem ipsa est, quæ ad præcedentem. Nam cùm seruus tuus ex pecunia sibi credita seruum emit tibi necessarium, & quem tu perinde empturus fuisses, qui seruus postea fato suo perierit, aut quo alio modo citra culpam creditoris, aut si ex ea pecunia insulam fulserit, quæ postmodum ruerit, si quidem euentum inspiciamus nihil certè in rem tuam ita versum est, vt hodie possis videri factus locupletior. Sed tamen initio inspecto negari non potest quin negotium tuum vtiliter gestum sit, cùm pecunia impensa fuerit in rem omnino necessariam, licèt euentus consilio & proposito non responderit, ideóque & actio de in rem verso, his casibus competet, quia & procuratori, cui tale quid contigisset, actio mandati competeret, & negotiorum gestori actio quoq; negotiorum gestorum danda esset, *dict. l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& l. sequ. l. successori*, 12. §. *vlt. supr. de negot. gest. iunct.* §. *& regulariter*, *&* §. *sed si mutua supr. hac lege.* Non enim possunt isti casus fortuiti imputari creditori, cui satis est, quod bona fide pecuniam suam seruo tuo crediderit, & curiosus fuerit vt in vsus non modò vtiles, sed etiam necessarios impenderetur: nec prætèrea procurator tuus aut serui tui esse debuit, vt insulam tam bene fulciri, curaret, ne ruere posteà illam contingeret, *argu. l. vlt. supr. de exercit. act.*

9 ¶ Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, & decepit creditorem: non videtur versum: nec tenetur dominus ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas serui noceret. quid tamen si is fuit seruus, qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mente seruus accepit: aut si, cùm hac mente accepisset, posteà aliò vertit. curiosus igitur debet esse creditor, quò vertatur.

Ad §. 9. Sed si sic accepit.

Rat. dub. Nihil imputari potest creditori, qui seruo tuo mutuam dedit pecuniam eo consilio & proposito, vt in rem tuam verteretur. Præsertim si propositum illud non in mente retinuerit, quod esset inutile, sed expresserit ea lege numerationi dicta, & seruo tuo ea ipsa lege pecuniam accipiente. Quod Vlpianus significare videtur, his verbis, *sed si sic accepit.* Nec si posteà seruus tuus creditorem decęperit, eámque pecuniam in alios vsus verterit, nocere ea res debet creditori, qui bona fide contraxit, *arg. l. bona fide*, 27. *infr. ad Senatusconsultum Velleianum*, quíque non debuit se quasi tuum procuratorem constituere, vt curaret impendi eam pecuniam in rem tuam, vt proximè diximus, ex *l. vlt. supr. de exercit. act.* Cui enim dolum serui nocere æquius est, quàm domino? Nam neque debet tam curiosus esse creditor, vt inquirat diligentiùs, quid debitor fecerit, aut facturus sit, *l. doli* 19. *ad fin. infr. de nouat. & deleg.* Et sufficit nihil à creditore factum esse, nisi bona fide, & negotium ab initio vtiliter si non gestum protsus, tamen cœptum fuisse, vt dari ei debeat actio de in rem verso, sicut & negotiorum gestorum actio ex simili causa dari ei posset, *l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& l. seq. l. successori* 12. §. *vlt. supr. de negot. gest.* Præsertim verò si ponas solitum fuisse hunc seruum, quoties nomine domini pecuniam mutuam acciperet eam in rem domini vertere, & quoties versurum se diceret, id ipsum præstare, quo casu minùs certè imputari potest creditori, cur adeò fuerit credulus, vt eius serui fidem sequeretur, qui fallere non solerct, *argum. l. 3. infr. de Senatusconsulto Macedoniano.* Ergo in specie quoque huius §. actio de in rem verso locum habere debet.

Dec. Neque credulitas creditoris, neque calliditas serui nocere domino debet. Sibi enim quisque credulitatem suam imputare debet, non alteri, *l. 1. §. dolum autem, supr. de eo per quem fact. erit, l. qui hominem*, 34. §. *si nullo, infr. de solut. iunct. l. si quis inficiatus*, 13. *infr. depos.* Et serui calliditas non tam domino debet nocere, quo ignorante negotium geritur, quàm ei qui cum seruo contrahit, cuius est sibi prospicere & cautiùs negotiari, vt in *l. 2. Cod. de furt.* ne quid damni ex serui improbitate & calliditate sentiat, *argum. l. qui cum alio*, 19. *de regul. iur.* Maximè quòd suspecta cuique esse debeat nequitia seruilis ingenij, & ad calliditatem pronioris semper quàm ad innocentiam. Et quamuis ex delictis ser-

uorum teneantur domini noxalibus actionibus, *tot. tit. de noxal. act.* non similiter tamen tenētur ex quolibet dolo & calliditate, quia nec omnis dolus delictū est, licèt non sit delictum sine dolo. Non est igitur danda de in rem verso actio creditori qui mutuam pecuniam dedit, quamuis ea lege nominatim dicta, vt in rem domini verteretur, siue ea quoque mente seruus tùm fuit, vt pecuniam in rem domini verteret, posteà verò creditorem deceperit, siue iam tùm gerebat animum decipiendi creditoris, & in alios vsus pecuniam vertendi, siue denique solitus erat pecuniam vertere in rem domini, siue non solitus, dicendum est dominum actione de in rem verso non teneri, quia & verum est nihil in rem domini versum fuisse: quod ex re ipsa & ex effectu æstimandum est non ex nuda creditoris voluntate, nec si voluntas quoque serui concurrat, vt & nomen ipsum actionis sonat. Debet igitur curiosus esse creditor, in quam rem pecunia vertatur, si id agit vt acquirat sibi actionem de in rem verso. In eoq; durioris condicionis est, quàm qui agit exercitoria vel institoria actione *d. l. vlt. de exercit. act.* vt diximus ad §. 1. *sup. iunge l. vir vxori 17. in prin. infr. ad SC. Velleian.* Curiositas certè creditoris non potest esse non laudabilis, quoties necessaria est: est autem necessaria iis maximè qui contractus suspectos ineunt vel cum personis suspectis.

10 ¶ Si mutuatus sit pecuniam seruus ad vestem comparandam, & nummi perierint: quis de in rem verso agere possit? vtrum creditor, an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, etsi vestis perierit: si autem non fuit pretium solutum [a] ad hoc tamen data pecunia, vt vestis emeretur, & pecunia perierit, vestis tamen familiæ diuisa est: vtique creditorem de in rem verso habere actionem. an & venditor habeat, quia res eius peruènerunt in rem domini? ratio hoc facit, vt teneatur vnde incipit dominus teneri ex vna causa duobus. [b] Proinde etsi tam pecunia [c] quàm vestis periit: dicendum erit, vtrique dominum teneri. quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

Ad §. vlt. Si mutuatus sit.

RAT. DVB. Cùm mutuatus est seruus pecuniam ad vestem comparandam & pecunia periit, & vestis quoque nihil in rem domini versum videri potest, neque pecunia, neque vestis. Ergo de in rem verso actio locum habere hoc casu non potest, neque in fauorem creditoris, neque in fauorem venditoris. Stulta proinde quæstio esse videtur, an creditori, an verò venditori danda sit hæc actio quæ neutri danda est. DEC. Etiam venditori potest dari actio de in rem verso, si merces eius ad dominum peruenerint, vt sequitur in hoc §. sed cùm vestis periit simul cum pecunia nihil quidem ex bonis venditoris ad dominum peruenit, & ideò venditori actio de in rem verso dari non potest. Sed tamen creditori tanto magis danda est qui pecuniam suam seruo numerauit & credidit in vsus tam necessarios, § *proinde* 3. *sup.* & cuius pecuniam ponimus, iam fuisse venditori numeratā, & ad quem perditæ post precij numerationem pecuniæ periculum pertinere non potest, multoq; minùs periculum vestis, quam ex ea pecunia seruus cōparauit. Satis enim est creditori, quod pecuniam crediderit ea mente, eoq; proposito, vt in rem domini verteretur, quodq; versa sit per numerationē precij factam venditori licèt versa non durauerit, quia & hodie duraret, si vestis non intercidisset, quomodo Papinianus loquitur in *l. si seruus 31. supr. fam. ercisc.* Itaque indubitatus est hic casus, si ponas quod Vlp. ponit, & solutum fuisse precium vēditori, & vestem periisse, ita vt certum sit non esse dandam venditori actionem de in rem verso: nam si vestis non perierit, sed ad dominū, aut quod idē est, domini seruū peruenerit, cùm venditori eadem actio de in rem verso denegari non possit, vt mox dicemus, difficilius est, vt eam creditori quoque demus, quamuis habituro si eam venditor non haberet, secundùm Neratij sententiam in *l. quamuis 18. infr. hoc titul.* Sequitur alia pars distinctionis, si pecunia perierit antequàm precium fuerit venditori solutum, nec vestis perierit.

a *Si autem non fuit precium solutum.* RAT. DVB. Cùm pecunia periit apud seruum priusquàm ex ea precium venditori vestis solueretur, licèt iam diuisa veste familiæ, non potest dici pecuniam in rem domini versam esse quæ periit antequam verteretur, siue fortuito casu id acciderit, siue etiam culpa serui, quamuis citra culpam, etiam creditoris. E contrario autem vestis quam venditor ante numeratum precium tradidit & familiæ diuisit, in rem domini proculdubio versa est, nec proinde dubitari potest quin contra dominum debeat venditor habere actionem de in rem verso. Per quam vtique consequetur precium vestis, & mercis venditæ. Ergo non est hoc casu danda creditori eadem actio de in rem verso, ne alioquin eueniat non solùm, vt duobus ex eadem causa actio de in rem verso competat quod absurdum esse putauit Neratius in *dict. leg. quamuis 18. infrà.* sed etiam quod absurdius est, vt ei detur, cuius pecunia nullo modo in rem domini versa est, cùm perinde teneatur venditori, ac si nullam creditor pecuniam seruo numerasset.

DEC. Creditori non debet nec potest nocere casus fortuitus pecuniæ quæ periit apud seruum etiam priùs quàm ea venditori mercis numeraretur, cùm & ipse numerauerit seruo ea mente ac lege, vt in precium emendæ vestis impenderetur, & vestis iam diuisa familiæ proponatur, quam non tradidisset venditor, nisi seruus eam emisset, quam porrò non fuerat empturus, nisi creditor in eam rem nummos ei numerasset. Ergo quamuis de venditore cuius merx ad dominum peruenit nulla dubitatio sit, quin actionem de in rem verso habere debeat, non eo minùs tamen eadem actio creditori quoque danda est qui sicuti prior contraxit, ita prior habuisse illam videtur. Et cui nocere non debet, quod

quod eandem actionem venditor sibi quæsierit vẽdita & diuisa veste familiæ, cùm vni quæsita, siue actio, siue exceptio, ei adimi alterius facto non possit *l. Granius 71. §. si ponamus infr. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* Estque multo æquius, vt dominus teneatur duobus ex eadem causa, quàm vt ab eo cui semel obligatus fuit, liberetur ob id solùm quod alij quoque obligatus esse cœperit. Non enim legitimus ille modus est tollendæ obligationis iam contractæ, si debitor alij quoq; se obliget, quamuis ea ratione faciat aliqualiter deteriorem prioris creditoris condicionem *l. 1. §. 1. infr. de separat.* atque hæc quidem iudicio meo tota ratio est sententiæ Vlpiani volentis in hac specie dominum duobus teneri eadem actione de in rem verso, quamuis ex vna eademq; causa. A qua tamen sententia longè stat Neratius in *d. l. quamuis*; vt mox dicemus.

b *Vnde incipiet dominus teneri ex vna causa duobus.* RAT. DVB. Vnius tantũ, non duorũ ex quoquo cõtractu potest esse de in rem verso actio, eius scilicet qui id ipsum credidit quod proximè & immediatè in rem domini versum est, si Neratio credimus in *d. l. quamuis 18. inf. hoc tit.* Nam quemadmodum non potest eadem pecunia bis in rem verti, ita neq; fieri versio pecuniæ aut alterius rei in rem domini à duobus, aut ex re duorum in vna eademque causa. Ergo in proposita specie cùm venditoris merces ad dominum peruenerint, solius venditoris debet esse actio de in rem verso, non creditoris, cuius nummi perierunt antequàm venditori numerarentur: nam etsi numerati essent, & aliqua tamen ratione dominus maneret obligatus vẽditori, puta quòd alieni nummi fuissent *l. cùm seruus 54. infr. mandat.* aut vt ponitur in *d. l. quamuis si quis apud venditorem mercis pro seruo fideiussisset*, verum tamen esset proximam & immediatam causam actionis de in rem verso ex merce venditoris, non ex pecunia creditoris, aut ex fideiussione descendere.

DEC. Videtur hæc quæstio fuisse iuris inter prudentes veteres controuersi, nec sine magna vtrimq; ratione. Et Neratius quidem ita sensit, vt scriptum est in *d. l. quamuis.* At Vlpianus in hoc *§. longè aliter*, Cuius sententiam magis probauit Caius, vt apparet ex *l. seq.* sed cum hoc temperamento quod ibi additur, vt tamen occupantis melior condicio sit, non vt dominus in effectu duobus indemnitatem præstare actione de in rem verso teneatur, sed vt occupantis melior condicio sit, sicut & in simplici actione de peculio *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul. l. non enim 6. supr. de tribut. act.* Motus autem videtur Vlpianus ea ratione quam suprà attulimus, quod actio de in rem verso quæ creditori competeret etiamsi vestis periisset, non ob id minùs ei concedenda sit quòd præterea cœperit dominus ex eadem causa venditori esse obligatus. Ne vni quæsita actio ei ignoranti ex alterius facto adimatur *d. l. Granius 71. §. pen. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* Idque non obscurè innuit Vlpianus, cùm ita loquitur *vnde incipit dominus teneri ex vna causa duobus.* Tunc enim duobus teneri incipit, non cùm obligatur priori, sed cùm posteriori. Ait autem teneri hoc casu dominum ex vna causa, non quod diuersæ non sint causæ mutui & venditionis, sicut & diuersæ sunt personæ certantes de in rem verso, creditor & venditor, sed quia & mutui, & venditionis ratio ad vnam eandémq; in rem versi causam refertur, vestiendę scilicet familię, cùm & pecunia in eam causam credita sit, & vestis vendita totique familiæ diuisa. Denique vna eadémque causa non solet duas parere, aut obligationes aut actiones *l. si semel 26. supr. de pecul. l. quibus 18. infr. de verb. oblig.*

c *Proinde etsi tam pecunia.* Referendus est hic versiculus, non ad priorem partem distinctionis, id est ad casum illum, quo pecunia perierit post precium numeratum, & vestis quoq; (iam enim eum casum Vlpianus tractauerat) sed ad posteriorem partem, id est ad eum casum quo ante solutum precium & pecunia & vestis perierit: qui casus longè dubitabilior videbatur, quia cùm & pecunia & vestis ante solutionem precij, & ante traditionẽ mercis periit, neutrum in rem domini versum videtur, neque merx, neque pecunia: neutri ergo videtur danda esse actio de in rem verso, quam tamen Vlpianus dat vtrique. Et ratio quam adfert *quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt*, non videtur bona, cùm ad inducẽdam actionem de in rem verso non sufficiat nuda voluntas creditoris, nec si serui quoque mens & intentio concurrat, sed effectu ipso in rem versum esse oporteat, ideoq; durare versum, vt diximus ad *§. proxim. preced. ex l. si pro patre 10. §. versum infr. hoc tit.*

DEC. Nuda quidem voluntas creditoris mutuam pecuniam dantis aut serui accipientis, non sufficit ad inducendam de in rem verso actionem, sed cùm deuentum est ad actum proximum, vt nihil iam possit imputari creditori, quin diligentiam curamq; adhibuerit quantam debuit, non eo minùs dãda ei est actio de in rem verso quòd euentus non omnino respõderit, vt diximus ad *§. vnde rectè & seq. supr.* In proposita verò specie nihil est, quod possis imputare creditori qui seruo mutuam pecuniam dedit, vt eam in rem domini seruus verteret, & curiosus fuit, vt in vestimenta familiæ impenderetur: nihil etiam mercatori qui mercem vendidit, & de precio conuenit, vt ex ea merce familia vestiretur, quamuis postea & nummi perierint antequam mercatori soluerentur, & vestis quoque priusquàm familię traderetur, cùm post conuentionem factam de precio res vendita pereat emptori *§. cùm autem inst. de empt. & vendit.* & pecunia quæ mutua data est pereat debitori tanquam facto domino *l. 2. §. appellata l. 4. & pass. supr. de reb. credit.* Sufficit ergo ad dãdam in proposita specie actionem de in rem verso & creditori & venditori, vt id egerit vterque per quod certum erat futurum, vt in rem domini pecunia verteretur, si neque pecunia, neq; vestis intercidisset, vt in *d. l. si seru⁹ 31. sup. fami. ercis.*

4. GAIVS libro nono ad Edictum Prouinciale.

SEd dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere. nam, vtrisque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est.

Ad l. Sed dicendum est 4.

RAT. DVB. In actione quidem de peculio id obtinet, vt melior condicio occupantis esse debeat *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul. l. non enim 6. supr. de tribut. act.* At non etiam in actione de in rem verso, quæ vnius tantùm esse debet, non duorum. Eius scilicet qui idipsum credidit, quod in rem domini versum est, vt scribit Neratius in *l. quamuis 18. infr. hoc tit.* Toties enim occupantis meliorem esse condicionem

necesse est quoties par plurium creditorum causa est, *l. quod autem, 6. §. sciendum, l. pupillus, 24. infr. quæ in fraud. credit.* quod in actione de in rem verso iuxta supradictam Neratij sententiam contingit nunquam. Sed etsi quis contra Neratium pro Vlpiano admitteret in proposita specie dominum duobus teneri posse actione de in rem verso. Attamen hoc saltem Neratio concedendum videretur, vt non occupantis melior condicio esse deberet: sed eius cuius merx proximè, & immediatè in rem domini versa esset, id est venditoris non creditoris, vt ratio quæ pro venditore creditorem omnino excludere non potest, venditorem tamen præferat creditori: cui abundè sufficere debeat, quòd saluam habeat de peculio actionem, quam nec denegat Neratius, in *d. l. quamuis.*

Dec. Etiam actio de in rem verso, de peculio actio est, sed cum adiectione illa de in rem verso. Proinde sicut in actione de peculio, ita & in actione de in rem verso occupantis meliorem condicionem esse non solùm nihil prohibet: sed etiam omnino necesse est secundùm supradictam Vlpiani sententiam à Caio hîc approbatam, quæ vult posse dominum ex vna eadémque causa duobus in solidum actione de in rem verso obligari, cùm tamen nemini non iniquum videri debeat duobus indemnitatem à domino præstari: quomodo enim non esset duobus in solidum condénandus is qui duob. in solidum teneretur, si non melior esset condicio occupantis ad alium excludendum? Vt euenit etiam in duobus correis credendi, *l. 2. l. 3. §. 1. de duobus reis.* Nam nec aliter facilè sciri posset vter alteri præferendus esset creditórne an venditor. quanquam enim pro venditore illa maximè vrget ratio, qua Neratius mouetur, quod si inspicias proximam eo immediatam causam versionis in rem domini, merx venditoris illud ipsum est: quod in domini rem versum est, non etiam pecunia creditoris. Attamen pro creditore quoque illud maximè facit, quod sicuti prior contraxit, & pecuniam credidit, sine qua non fuerat seruus mercem empturus. Ita & prior actionem de in rem verso sibi quæsiit, quæ postea nullo facto venditoris auferri ei potuit: sed per mercis venditionem potiùs confirmari. Proinde tanquam in pari vtriusque iure nihil est, quod citra alterutrius iniuriam dici meliùs possit, quàm vt occupantis melior condicio esse debeat, id est diligentioris, vt qui negligentior fuit non de Vlpiano aut Neratio: sed de se solo conquerendum habeat, id est de sua tantùm negligentia, *d. l. quod autem, §. sciendum, & d. l. pupillus, l. non enim, 16. supr. ex quib. caus. maior.* Alioqui forte dirimenda res esset, vt in *l. sed cũ ambo, 14. sup. de l. iudic. si quis sunt, 5. supr. fam. ercisc.* Sorte autem diligentię meliùs res dirimitur, cùm exprimuntur ambo, vter in actione occupanda diligentior futurus sit.

5. Vlpianvs libro 29. ad Edictum.

SI res domino non necessarias emerit seruus quasi domino necessarias, veluti seruos: hactenus videri in rem eius versum, Pomponius scribit quatenus seruorum verum pretium facit: cùm, si necessarias emisset,[a] in solidum quanti venissent, teneretur.

Ad l. Si res 5.

Rat. dvb. In emptione ac venditione, licèt contrahentibus naturaliter, se inuicem decipere, scilicet in quantitate precij *l. in causa 16. §. idem Pomponius, supr. de minor.* sicut & in mercede locationis & conductionis, *l. item si precio, 22. §. vlt. inf. locat. l. 2. l. si voluntate, 8. C. rescind. vendit.* Emptoris enim dolus qui rescindendæ venditionis causam præbere possit non quantitate precij æstimandus est: sed qualitate facti, inquit, *l. dolus emptoris, 10. eod. tit.* Ergo si quasdam res seruus emerit, quasi domino suo necessarias, licèt re vera non essent necessariæ, tamen de in rem verso actionem habere debet non tantùm pro ea quantitate, quam verũ serui preciũ facit: sed pro toto formali precio, id est quod formaliter à contrahentibus dictum & præscriptum est. Sic enim vocat Vlpianus noster in *l. in lege 62. §. 1. ad legem Falcidiam*: quia verum precium nunquam formaliter certum est, cùm constituatur ex communi hominum opinione, aliter atque aliter pro locorum & temporum varietate, *l. precia rerum, 63. eod. l. si seruum, 33. supr. ad l. Aquiliam, l. 3. supr. de eo quod certo loco.* Alioqui necesse erit, per actionem de in rem verso, diuidi precium, quod sui natura indiuiduum est, vt sunt formæ rerum omnium. Et verò cùm dicimus causam venditionis esse indiuiduam, *l. cùm ex causa 139. de verbor. oblig.* intelligimus non tantùm ex parte emptoris, qui non fuerat rei partem empturus: sed etiam ex parte venditoris, qui nec partem venditurus fuerat nec minore precio, *l. tutor vrgentibus, 47. §. 1. l. de minor. l. si quis aliam, 47. de solution. l. Iulianus, 13. §. offerri, de act. empt.* Totum igitur formale precium in actionem de in rem verso, venire necesse est, vel nullam omnino ipsius partem.

Dec. In actione de in rem verso, non quid conuenerit: sed quid in rem versum sit, inspicimus, quia ex re ipsa non ex conuentione hæc actio nascitur, vt & in *l. furiosus, 46. de obligat. & act.* Atqui cùm seruus emit domino suo seruos quasi necessarios, qui non erant & maiore precio, quàm quo digni essent, non potest videri tota pecunia conuenti precij in rem domini versa, neque ex causa necessitatis: quia non fuerunt necessarij, neque ex causa vtilitatis, cùm ex ea emptione non fuerit dominus factus locupletior, nisi ad concurrentem vsque valoris quantitatem. Quod enim excedit in damno non in lucro totum est. Ergo hactenus tantùm de in rem verso teneri dominus debet, quatenus seruorum verum precium facit, non quatenus in seruorum emptionem verè impensum est, multumq; refert an agat venditor ad preciũ actione ex vendito contra emptorem: an de in rem verso contra dominum, qui ipse non emit. Priore casu precium indiuiduum est, quia formale est. Posteriore verò necesse est, vt ea precij pars, quæ in rem domini versa est ab alia quæ versa non est, separetur. Quid ergo si è contrario empti serui non necessarij pluris fuerint quàm quanti empti sunt? Non idcircò au-

eò augebitur actio de in rem verso, quia per eam non aliud repetere creditor potest, quàm quod ei abest, nec plus quàm absit. Abest autem ea tantùm pecunia, quam credidit, & quæ in seruorum emptionem versa est, non quanti re vera sunt serui, *l. si fundum*, 12. *infr. hoc tit.*

a *Cùm si necessarios emisset.* RAT. DVB. Necessitas emendorum seruorum non potest facere, vt plus in rem domini versum esse videatur, quàm quatenus seruorum verum precium facit. In superfluo enim seruus deceptus est, qui emit cariùs quàm debuerat. Nec igitur hoc casu in solidum precium teneri dominus debet, ne alioqui in plus teneatur, quàm locupletior factus sit.

DEC. In emptione rerum necessariarum non inspicimus quanti sint re vera: sed quanti vendita. Nemo enim est qui nesciat cariore illas precio & distrahi, & comparari, nec ob id minùs videtur factus dominus locupletior, quòd res minoris sint. Cùm si eam ob causam comparatæ non fuissent, tantò pauperior effectus fuisset, qui rebus omnino necessariis caruisset. Quid enim est rem aliquam tibi esse necessariam, nisi talem eam esse, vt si ea diutiùs careas patrimonij aut salutis diminutionem aliquam haud dubiè sis sensurus? Bene igitur Vlpianus ex Pomponio distinguit, an seruos non necessarios seruus emerit an necessarios, vt priore quidem casu non teneatur dominus in solidum precium actione de in rem verso: sed hactenus tantùm quatenus facit verum serui precium. Posteriore verò in solidum, id est quanto precio serui venierint, teneatur.

1 ¶ Idem ait, siue ratum habeat serui contractum dominus, siue non: de in rem verso esse actionem.

Ad §. 1. Idem ait.

RAT. DVB. Multùm interesse debet, an serui contractum ratum habeat dominus, an non habeat, cùm ratihabitio æquipararetur mandato, *l. vero procuratori*, 12. *infr. de solut. l. vlt. C. de Senatusconsulto Macedoniano & de ratihabit.* Nec possit quis tutiùs cum alieno seruo contrahere, quàm si mandante domino contrahat.

DEC. Interest quidem an dominus ratum serui contractum habeat, necne, quantum ad hoc vt dominus ex eo serui contractu in solidum obligetur. Semper enim tenetur in solidum is qui ratum habet perinde ac si contraxisset ipse sicut & qui contrahi mandauit, *l. 1. in princip. & §. si ratum, infr. tit. prox.* soláque illa quæstio superest, an teneatur, quod iussu an de in rem verso, de qua dicimus ad *§. seq.* Sed quod ad actionem de in rem verso pertinet, de qua hîc agimus, nihil prorsus interest: quia non ex voluntate nascitur eius qui obligatur: sed ex re ipsa, ipsóque negotio, & ex eo quod alioquin is, in cuius rem versum est, ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletaretur. Probatur autem versum in rem domini, hoc ipso quod dominus ratum habet, licèt reuera nihil versum sit. Et ita locus hic intelligi debet, vt si dominus ratum habuerit, teneatur indistinctè, de in rem verso, etiamsi neque necessarius, neque vtilis domino contractus fuerit: quia sibi debet imputare, qui ratum habuit: si verò ratum non habuerit, teneatur quidem de in rem verso, sed ita demùm si rem domino necessariam vel vtilem emerit, quomodo scriptum est in *§. seq.*

2 ¶ Quod seruus domino emit: si quidem voluntate eius emit: potest quod iussu agi: sin verò non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam, vel vtilem domino emit, de in rem verso actio erit, si verò nihil eorum est, de peculio erit actio.

Ad §. 2. Quod seruus.

Distinguit hic §. eleganter & appertè actionem, quod iussu ab actione de in rem verso, & rursus actionem de in rem verso ab actione de peculio. Nam quoties seruus aliquid domino emit, vel ex voluntate domini emit, vel non ex voluntate, si ex, voluntate competit actio quod iussu eáque in solidum: quia dominus qui voluit, & iussit seruum contrahere, contraxisse ipse intelligitur, *l. 1. infr. quod iuss.* Si verò non ex voluntate subdistinguendum est an dominus ratum habuerit aut seruus rem domino necessariam vel vtilem emerit, an non, vt prioribus quidem casibus actio de in rem verso competat, non quod iussu. Posteriore verò nec quod iussu, nec de in rem verso: sed tantùm de peculio. Neque prima pars distinctionis, neque vltima subdistinctionis dubitationem vllam habet: sed quod hîc dicitur si dominus ratum habuerit non esse actionem quod iussu, sed de in rem verso pugnare videtur cum eo quod diximus ad §. præced. ratihabitionem æquiparari mandato ex *l. vlt. C. ad Senatusconsultum Macedonianum*, & apertiùs cum eodẽ nostro Vlp. in *l. 1. §. si ratum infr. tit. prox.* vbi scribit, si ratũ habuerit quis id, quod seruus eius gessit vel filius, quod iussu actionem in eos dari. Et certè ita est, quod iussu actio locum habere non potest, nisi iussu præcedente, adeò vt dubitatum sit an pater vel dominus qui mandauit, vel qui filijfamilias aut serui chirographo subscripsit, ea quòd iussu actione teneatur, quanquam placuit teneri, quod his casibus iussisse videantur, *d. l. 1. §. sed etsi mandauerit infr.* At ratihabitio quamuis mandato æquiparetur: attamen neque mandatum neque iussum est, quia mandatum & iussum semper præcedit: ratihabitio autẽ semper sequitur, *l. qui in aliena*, 6. *§. 1. l. si quis mihi bona*, 25. *§. iussum infr. de acquir. rer. domin.* Idque est, quod ex Pomponio Vlpianus scripsit in *§. præcedente*, siue dominus ratum habuerit contractum serui, siue non habuerit de in rem verso esse actionem ad exclusionem scilicet actionis quod iussu, quæ priore casu competere videbatur: quod verò contrà scriptum est, in *d. §. si ratum*, cùm sit eiusdem Vlpiani & ex eodem Vlpiani libro vicesimonono ad Edictum, in quo dissensisse illum à seipso credibile non est. Non dubito quin

mendosum sit, & pro verbis illis *in eos* substituendam esse negationem, legendumque *non datur*: non ob id solùm quòd alioqui mala esset grammatica, cùm de domino, vel patre in singulari tatùm numero locutus esset Vlpianus iis verbis *si ratum habuerit quis quod seruus eius*, sed etiam, quia & in *præcedente* §. & in *sequ.* ponuntur casus in quibus actio quod iussu æquè locum habere non potest. Facilè autem fuit imperito cuilibet interpreti negationem illam tollere ad id tantùm respicienti quòd ratihabitio æquiparari mandato solet, nec etiam obseruanti edictum Prætoris quod iussu primis ipsis verbis & solo nomine actionis iussum exigere, aut saltem mandatum, vel subscriptionem in ipso actu interuenientem: neque contentum fuisse ratihabitione, quæ numquam nisi post perfectum actum interponitur. Et sanè notandus valde hic casus est in quo ratihabitio vim & effectum mandati non habet, nempe quia edicti verba minimè id patiuntur. Atqui, inquies, de in rem verso actio non aliter locum habere potest quàm si in domini rem, vel necessariam, vel vtilem versum esse proponatur, vt toties diximus. Ratihabitio autem facere non potest, vt quod re vera in rem versum non est, versum sit, quia nec rei veritatem immutare potest. Sed respondendum est secutam ratihabitionem facere vt exoneretur creditor à necessitate probandi versam esse in rem domini pecuniam, quæ versa fortasse non fuit. Qua enim fronte posset dominus probationem exigere versæ in rem suam pecuniæ ex eo contractu quem ipse ratum habuisset. Itaque ratihabitio, licèt non possit facere, vt in rem domini eo magis versa sit pecunia quæ versa nõ est: habet tamen vim probationis, vt teneatur dominus actione de in rem verso in solidum, nulla alia probatione allata, quæ esset vtique necessaria, si ob id de in rem verso ageretur, quod in domini rem vel vtilem, vel necessariam pecunia versa esse allegaretur. Vacat itaque causæ probatio, ob patris consensum & ratihabitionem, vt loquitur Modestinus in *leg. si consentiente 16. infrà, de manumiss.* sic confessio depositi probat depositum, quod tamen non nuda voluntate, aut confessione, sed re tantùm contrahitur *l. Publia 26. §. 1. infrà, depos.* Quid verò intersit creditoris, an actionem habeat quod iussu, an de in rem verso, cùm vtraque detur ei insolidum.

3 ¶ Placet non solùm eam pecuniam in rem verti, quæ statim à creditore ad dominum peruenerit: sed & quæ priùs fuerit in peculio. hoc autem totiẽs verum est, quotiens seruus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. alioquin si seruo peculium dominus adimat,[a] vel si vendat eum cum peculio[b], vel rem eius peculiarem, & pretium exigat[c] nõ videtur in rem versum.

Ad §. 3. Placet.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eandem est quæ ad *versic. vlt. §. 1. l. 3. supr.* vbi eadem quæ hîc sententia ab Vlpiano nostro proponitur, hoc iure nos vti, vt etiãsi priùs in peculium versa sit pecunia mox in rem domini, etiam de in rẽ verso actio esse possit. Sed quib. demùm casibus hoc verum sit, & quomodo accipi debeat idem Vlpianus hîc explicat, quod ibi nõ explicauit. Ait autem toties hoc verum esse, vt pecunia in rem domini vertatur, quamuis non statim ad eum peruenerit, sed priùs in peculio fuerit, quoties seruus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.

RAT. DVB. Peculium domini reuera est, & consequẽter fit locupletior dominus cùm locupletatur peculium: ergo ad dãdam actionem de in rem verso non est prætereà expectandum, vt seruus rem domini gerens locupletiorem eum faciat nummis peculiaribus. DEC. Separandum omnino est patrimonium domini à peculio serui quod veluti proprium ipsius serui patrimonium est, vt diximus ad *l. 3. §. idem Labeo vers. si non peculiare supr. ex l. 4. in princip. supr. de pecul.* cùm ergo locupletius fit peculium, non ideò auctum videri debet patrimonium domini nisi per nummos ipsos peculiares factum sit locupletius, alioqui non esset distinguenda actio de in rem verso ab actione de peculio, & tam citò illa atque hæc nasceretur, quod tamen apertè falsum est, vt ex Tryphonino subiicitur in *l. seq.* ea namque Tryphonini ratiocinationis & sententiæ ratio est.

a *Alioquin si seruo dominus peculium adimat,* Illatio hæc est ex præcedentibus, non confirmatio aut argumentatio ab absurdo. Ex eo namque quod proximè dixit Vlpianus toties in rem domini posse verti pecuniam quæ priùs in peculio fuerit, quoties seruus rem domini gerens iisdem nummis peculiaribus locupletiorem dominum fecerit, infert: si ergo dominus seruo peculium adimat, scilicet antequàm nũmi illi peculiares in rem domini verterentur (posteà enim sera esset, ac inutilis ademptio) aut si vendat seruum cum peculio, vel etiam rem aliquam peculiarem & eius precium exigat, non videbitur in rem versa pecunia, quæ priùs fuerat peculiaris, nec actio de in rem verso pro ea pecunia locum habebit, sed tantùm de peculio.

RAT. DVB. Etiam cùm dominus seruo peculiũ ademit antequàm pecunia seruo credita & facta peculij in rem domini versa esset, fieri tamen facilè potest vt adhuc ea ipsa pecunia quam extare ponimus in rem domini vertatur ab ipso domino, quem nec verisimile est eam proiecturum in mare. Quidni ergo perinde teneatur actione de in rem verso, ac si seruus ipse in rem domini eam vertisset?

DEC. Non potest actio de in rem verso competere vbi peculium nullum est, non magis quàm actio de peculio. Est enim species & pars quædam actionis de peculio, nisi quod prætereà illam adiectionem habet de in rem verso, vt diximus ad *l. 1. supr.* atqui peculij ademptio facit, vt peculium nullum sit, quia peculium maximè adẽptione moritur *d. l. 1. §. 1. l. interdum 14. inf. l. peculium nascitur 40. in fin. supr. de pecul.* Ergo non potest actio de in rem verso nasci post ademptum peculium, quamuis non eo minùs duret si ante ademptionẽ iam cœperat: non enim sicut adẽptio peculij extinguit iam natam actionẽ de peculio si non mala fide & dolo malo facta sit *d. l. 1. §. 1. d. l. interdum l. summa cũ ratione 21. sup. de pecul.* ita & natam actionẽ de in rem verso perimit, quamuis nascendam impediat, ne nascatur: neq; verò pecuniã quoquomodo in rem patris aut domini versam esse sufficit, vt de in rẽ verso detur actio, sed à filiofam. vel seruo non etiã à patre vel à domino ipso, aut ab alio versã esse oportet, quia ex cõtractu filijfam. vel serui venit

nit, vt & actio de peculio non ex contractu patris vel domini, *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Quod summopere notandum est aduersus pragmaticos nostros qui tam facilè & ex quocunque contractu dant actionem de in rem verso contra eos omnes in quorum rem versa probatur pecunia. Id enim si ita esset, non oporteret distinguere, quomodo hîc Vlpianus distinguit an ademptum esset peculium néc ne ante versam in rem domini pecuniam, sed tantùm an in rem domini versa esset pecunia quoquo tempore, id est siue ante siue post ademptionem, an non. Iunge quæ scripsi ad *d. l. 1. in princip. supr.*

b *Vel si vendat eum cum peculio.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. si quis seruum 33. supr. de pecul.* vbi similiter agitur de seruo vendito cū peculio, quo casu videtur precium venditionis non minùs ad peculium serui, quàm ad seruum ipsum pertinere. Sed non ita est, quia peculium non nisi accessionis loco esse creditur, preciū itaq; solius serui est nō etiā peculij, quamuis fuerit dominus minore precio seruū venditurus si peculium nō accessisset *l. si vēditor 38. de act. empt. l. 1. 2. & 3. de pecul. leg.* fit ergo hoc casu dominus locupletior ex peculio, sed nō à seruo rē domini gerente: quod tamen omnino necessarium est vt sit actio de in rem verso. Alioqui si sufficeret dominū fieri locupletiorem, nec illud etiam requireretur, vt à seruo rē ipsius gerēte locupletaretur, dicendum esset statim ab initio cōpetituram in eum actionem de in rem verso, id est à quo instanti pecunia credita facta esset peculij, quia nimirum exinde aucto peculio dominus quoque locupletior factus esset, quod tamen apertè falsum est vt ex Tryphonino subiicitur in *l. seq.* Idemq; dicendum etiā esset adempto peculio quoniam ademptio peculij licèt extinguat peculium, non tamen extinguit res peculiares, nec impedit quominus æquè locupletior sit dominus post ademptum peculium atq; erat antea imo tanto certiùs quanto melius vbi prospexit, ne in posterum diminui peculium à seruo posset.

c *Vel rem eius peculiarem & precium exigat.* Alius & tertius casus est in quo Vlpianus ostendit posse pecuniam creditam aut rem aliam quamlibet esse peculij, nec tamen in rem domini versam intelligi, si fortè dominus rem peculiarem vendiderit & precium exegerit: hoc enim casu res peculiaris desinit esse peculiaris nec proinde in rem domini verti à seruo ampliùs potest, sicuti nec rei precium quod ponimus exactum à domino fuisse. Nam si exactum non esset, adhuc in peculio maneret, ac proinde in rē domini verti posset. Quid? nónne in rem domini satis vertitur cùm dominus id exigit? Minimè verò, quantū ad producēdā actionē de in rē verso, quoniā à domino illud fit nō à seruo rem domini gerente.

6. TRYPHONINVS libro 2. Disputationum.

NAm si hoc verum esset, etiam antequàm venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur: quia hoc ipso, quod seruus rem in peculio haberet, locupletior fieret: quod apertè falsum est.

Ad l. Nam si hoc 6.

Lex hæc nihil nisi rationem Tryphonini continet ad confirmandum id quod Vlp. dixerat in lege præcedente. Dixerat Vlpianus non dari actionem de in rem verso eius rei nomine quæ priùs in peculium versa sit, nisi seruus rem domini gerens locupletiorem dominum ex ea re fecerit, & ideò si dominus rem peculiarem quam seruus acquisiuerat vendiderit, eiúsq; precium exegerit, nihil in rem domini versum videri. Hoc vero ita esse probat Tryphoninus hoc argumento, quod alioqui si hoc verum esset vt ad inducendam actionem de in rem verso sufficeret quoquomodo locupletiorem factum esse dominum, sequeretur, vt statim & priùs etiā quàm rem peculiarem vendidisset dominus, & precium exegisset teneretur dominus de in rem verso perinde atque de peculio quia hoc ipso quod seruus in peculio rem habere cœpisset dominus quoque ab eodem instāti locupletior factus fuisset, cùm peculium non sit serui nisi conniuentibus oculis, re vera autem sit domini. Atqui apertè falsum & absurdum est consequens alioqui omnis actio de peculio esset de in rem verso, si quicquid est versum in peculium in rem quoque domini versum intelligeretur, vt diximus. Ergo & antecedens, ex quo sequitur, vt ad legem præcedentem iam explicauimus.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ET ideò, & si donauerit seruus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessauit. & sunt ista vera.

Ad l. Et ideò 7.

RAT. DVB. Sicuti nemo fit donando locupletior, quamuis accipientem faciat debitorem beneficij eúmque obliget ad ἀντίδωρα *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de petit. hered.* quia donare nihil nisi perdere est *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Ita & acquirendi modus est ac locupletandi patrimonij accipere donationem. Ergo si rem peculiarem à se acquisitam seruus domino donauerit, in rem domini versa esse videbitur.

DEC. Donatio rei peculiaris à seruo collata in dominum, nihil addit iuri dominij quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit vt peculiaris esse desinat qualis anteà erat. Non ergo potest huiusmodi donatio parere actionem de in rem verso, quia non facit hoc casu seruus dominum suum locupletiorem: longéque maior subesset ratio dandæ in dominum actionis de in rem verso, ob id solum quod aucto peculio locupletior factus esset dominus, quàm ob donatam per seruum domino rem peculiarem: quia priore casu reuera locupletior fit dominus, ex contractu serui, posteriore non item. Cessat igitur hoc etiam casu actio de in rem verso.

1 ¶ Planè si mutuum seruus acceperit, & donandi animo soluit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem: de in rem verso actio est.

Ad §. 1. Planè si mutuum.

RAT. DVB. Ex donatione serui non intelligitur dominus factus esse locupletior, vt proximè diximus. Ergo & cùm seruus mutuam pecuniam ab aliquo accepit, eámque soluit domini creditori & quidem animo donandi domino quia non vult eum facere peculiarem debitorem, non ideo potest

creditori serui contra dominum dari in rem verso actio. Dec. Locupletior fit dominus quia à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acquir. rer. domin.* Atqui in proposita specie desinit dominus esse debitor sui creditoris. Et quidem ita vt nec debitor peculiaris constituatur. Negari ergo non potest quin pecunia seruo credita in rem domini versa sit, nec proinde quin dominus ex hac causa de in rem verso teneatur. Estque larga differentia inter donationem rei peculiaris factam domino, per quam nihil sibi dominus acquirit. Et solutionem nomine domini factam creditori dominico animo donandi per quam domino acquisita sit liberatio. Priore casu nihil in rem domini vertitur, sed posteriore contrà, idque non tam donationis quàm solutionis potestate.

2 ¶ Illud verū non est, quod Mela scribit. si seruo meo argentum dederis, vt pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox, factis poculis, seruus decesserit, esse tibi aduersus me de in rem verso actionem: quoniam possum pocula vindicare.

Ad §. 2. Illud verum non est.

Rat. dvb. Si seruo meo argentum dederis vt pocula tibi faceret ex quolibet argento mox factis poculis seruus decesserit, possum ego pocula tanquam mea vindicare vt in hoc ipso §. Vlpianus scribit, & rectè: sunt enim mea non tua nec si ex eo ipso argento quod dedisti facta sint, quia non tanquam ex eo facta sunt, sed tanquam ex quolibet vt in *l. si paterfamilias 15. §. 1. suprà, de adoptionib. facit enim hoc quasi quilibet, non quasi tuus.* Ideóque benè Vlpianus addidit verba illa, *ex quolibet argento,* quia si seruo meo argentum dedisses, vt ex eo ipso argento non ex alio quolibet pocula tibi faceret, dominium argenti penes te mansisset, factáque ex eo pocula proinde tua fuissent, nec alius præter te vindicare illa posset: id enim vindicare quis potest quod suum est, non quod alienum *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Denique argentum hoc non tuum est, sed in credito, vt in *d. §. argēto.* Ergo nec pocula tua sunt, sed mea. Tibi autem non nisi personalis contra me actio potest competere ex contractu serui mei, vel de peculio, vel de in rem verso. Atqui factus sum locupletior ex tuo argento, cùm argentum tuum versum sit in pocula quæ sunt mea. Ergo actione de in rem verso teneri debeo non nuda & simplici actione de peculio, nec sanè video quid ad hanc rationem contra Melam pro Vlpiano respondere possit quisquis putet sententiam Melæ actionem de in rem verso sibi contra me concedentis ab Vlpiano reprehendi. Quare non dubito quin primus in illis verbis huius §. *illud verum non est,* abūdet negatio qua sublata scripserit Vlpianus, *Illud verum est quod Mela scribit.* Nam & ratio quæ subiicitur in fine §. *quoniam possum pocula vindicare,* Melæ sententiam confirmat omnino, contrariam autem manifestissimè impugnat, & conuincit: nonne enim optima hæc consecutio est, *ex argento tuo facta pocula mea sunt; ergo argentum tuum in rem meam versum est,* quod verò alij vt receptā lectionem tueantur sic rationem hanc accipiunt, quasi sensus sit, ei cui rei vindicatio competat actionem de in rem verso dandam non esse, fateor me non posse intelligere. Scribendum enim fuerat si ratio erat Vlpiani Melam reprehendentis, *quoniam potes pocula vindicare.* Hoc verò falsissimum est posse te pocula vindicare quæ ex argento tuo seruus meus fecerit si argentum tuum ei sic dederas vt ex quolibet argento pocula sibi faceret. Mea namque sunt non tua. Verissimum ergo est quod Mela scribit esse in hac specie sibi aduersus me de in rem verso actionem. Interpretem qui negationem hanc adiecit, quam nos tollimus, illud fefellisse videtur quod initio §. *seq.* scriptum vidit, *Illud planè verum est,* quasi ex eo inferendum sit illud, ergo verum non esse quod in §. præcedente Vlpianus ex Mela retulerat acsi non posset vtrumque verum æquè esse & quod ex Mela & quod ex Labeone relatum est, sed illud planiùs & indubitatiùs, quod ex Labeone mox dicemus. Et verò quis credat ita reprehensum Melam ab Vlpiano, vt reprehensionis suæ rationem nullam penitus attulerit? Annon fuit Mela præcipuæ inter prudentes veteres qui de iure scripserunt authoritatis? Quę enim expressa iis verbis ratio est, *quoniam possum pocula vindicare,* Melæ proculdubio est non Vlpiani, vt ostendimus. Quænam ergo, inquies, ratio dubitandi apud Melam? Illa ni fallor vnica, quoniam dubitari poterat an ex tuo argento facta pocula tua essent non mea ex regula generali *l. quæsitum 78. §. illud de legat. 3.* Et sanè tua essent nisi dedisses argentum ea lege vt ex quolibet argento pocula tibi fierent, quo casu non procedit distinctio erciscundorū quæ ponitur in *l. adeò 7. §. cùm quis de acq. rer. domin.*

3 ¶ Illud planè verum est, quod Labeo scribit, si odores & vnguenta seruus emerit, & ad funus erogauerit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.

Ad §. 3. Illud planè verum est.

Non negat his verbis Vlpianus verum esse quod in §. *præcedente* ex Mela retulerat, sed quod hic refert ex Labeone ait esse verum planiùs, certiùs & indubitatiùs, vt solet ille progredi à casu dubitabiliore ad minùs dubitabilem vt in *l. 1. §. pen. de leg. 3. l. 1. de diuers. tempor. præscript.* Rat. dvb. Non potest videri versum in rem domini, quod in funus alterius quàm domini impensum est, nec viuens quisquam funeratur: ergo nec de in rem verso actio locum habere potest si odores & vnguenta seruus emerit, & ad funus alterius quàm domini erogauerit.

Dec. Nihil interest an seruus odores & vnguenta emerit & erogauerit in funus domini an alterius cuius funus ad dominū pertinebat: vtroq; enim casu in rem domini versa pecunia esse intelligitur, puta si ad funerandum domini filium impensum sit: funus enim filij æs alienum patris est vt Paulus ait in *l. filiusfamilias 19. infr. hoc tit. l. contra 30. cum præced. supr. de relig. & sumpt. funer.* Funeris autem sumptus accipitur quicquid corporis causa etiam vnguentorum & odorum erogatum est *leg. funeris 37. eod. titul.* Et ex hac causa creditori actio

actio funeraria competeret, si eam ipse pecuniam in funus impendisset: at cùm seruo credidit in eam licèt causam, necessaria ei est actio de in rem verso, quoniam agit ex contractu serui, *l. nec seruus, 41. supr. de pecul.* Nec rursum datur funeraria nisi ex bono & æquo, cùm alia actio deficit, quia inter personales actiones habet priuilegium, *l. & si quis, 14. §. hac actio, & §. qui mandatu ad fin. supr. de religios. & sumpt. funer. iunct. l. quæsitum, 17. de rebus authorit. iudic. possidend. aliàs l. 2. de priuileg. credit.* Differentia tantùm illa est an in funus domini pecunia seruo credita, erogata fuerit, an in alterius funus quod ad dominum pertinebat, quod posteriore hoc casu datur actio de in rem verso contra dominum. Priore verò non nisi contra domini iam defuncti heredem dari potest, sed vtroque tamen casu eadem actionis huius dandæ ratio est.

4 ¶ Idem ait, & si hereditatem à seruo tuo emero, quæ ad te pertinebat, & creditoribus pecuniam soluero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum. videri enim in rem tuam versum. nam & si hereditatem à seruo emero,[a] vt, quod mihi ab ipso seruo debebatur, compensarem: licet nihil solui: tamen consequi me ex empto, quod ad dominum peruenit. ego autem non puto, de in rem verso esse actionem emptori: nisi hoc animo gesserit seruus, vt in rem domini verteret[b].

Ad §. 4. Idem ait.

RAT. DVB. Si cùm hereditatem quæ ad te pertinebat, à seruo tuo emissem, & creditoribus hereditariis soluissem, tu mihi eam abstuleris, nullus videtur esse locus actioni, ac ne quidem quæstioni de in rem verso, cùm non animo vertendæ in rem domini pecuniæ soluerim creditoribus, sed vt me liberarem. Quamuis enim nulla creditoribus hereditariis contra hereditatis emptorem actio competat, nisi actiones hereditarias ipse vltrò subire ac suscipere paratus sit: tenetur tamen ex vendito, si non iis satisfaciat: quia in locum heredis substitutus esse intelligitur, *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. in princip. & §. cùm quis infr. eod. ill. tit. l. 2. C. de pact.* Atquin is qui soluendo id agit non tam vt alium sibi obliget, quàm vt se liberet, neque de in rem verso, neque aliam vllam actionem sibi acquirere potest, *l. in hoc iudicium, 14. §. 1. l. si quis cum, 29. supr. communi diuid.* sicuti nec alium liberat, qui suo nomine soluit, & propter suam obligationem, *l. si quid possessor, 31. supr. de hered. petit. l. Papinianus, 28 infr. mandat.* Ergo non est mihi contra te danda actio ex empto, vt consequar quod solui creditoribus hereditariis, non magis quàm actio de in rem verso.

DEC. Receptum est vt ex omnibus contractibus, præsertim verò emptionibus & venditionibus, qui frequentiores contractus sunt, quisquis cum alieno seruo contrahit, & obligetur domino & dominum sibi obliget, non tantùm actione de peculio, sed etiam de in rem verso, si quid in rem domini versum proponatur, *l. nec seruus, 41. supr. de pecul.* Ergo qui hereditatem emit à seruo, quæ ad eius dominum pertinebat, sicuti obligatur vt ea faciat omnia, quæ facere deberet, si à domino ipso emisset, ac proinde vt creditoribus hereditariis respondeat & soluat, *d. l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* Ita & dominum habet obligatum, non quidem ne hereditatem emptori auferat, & euincat quam ipse non vendidit & de cuius proinde euictione non tenetur [alioqui doli exceptione repellendus esset, *l. 17. l. Seia, 72. infr. de euict.*] sed vt actione ex empto cogendus sit præstare ea omnia, quæ si vendidisset ipse præstare teneretur ad finem vsque peculij, aut quatenus in rem domini versum est, supra quam in peculio inueniatur. Actionibus enim bonæ fidei non tantùm de peculio adiectio conuenit, sed etiam de in rem verso, *l. in bonæ fidei, 36.* vbi diximus *supr. de pecul.* quia & actio de in rem verso ex bona fide est, cùm non aliam rationem habeat quàm æquitatem illam naturalem, ne dominus vel pater ex aliena iactura locupletetur, vt toties diximus, ex qua æquitate æstimanda est bona illa fides, quæ contractibus & actionibus bonæ fidei nomen dedit, *l. bona fides, 31 infr. depos. l. ex empto, 11. §. vlt. l. bona fides, 50. & pass. infr. de actio. empt.* Ergo in proposita specie danda mihi est contra te ex empto actio, per quam consequar id ipsum omne, quod creditorib. hereditariis ac proinde tuis persolui, quamuis longè minùs sit in peculio. Videtur namque in rem tuam versum quicquid ipsis solutum est cum ea solutione fueris liberatus, non ego contra quem nullam illi exercere actionem potuerunt, vt proinde non possim dici soluisse meo nomine quod non debui soluere, nisi hactenus vt te à creditoribus, me verò abs te liberarem. Ideò autem in hac specie de in rem verso quoque tractandum est, non vt actionem ex empto excludamus, sed vt actionem quoque de in rem verso coniunctim inducamus, id est actionem ex empto de in rem verso contra dominum, contra quem scilicet ex contractu serui actio non potest competere, nisi cum adiectione illa de peculio, vel de in rem verso: nam quod dicimus nec de peculio, nec de in rem verso actionem competere alia actione competente, siue ciuili qualis est ex empto, siue honoraria, *l. hinc quæritur, 19. §. vlt. l. & ancillarum, 27. §. vlt. sup. de pecul.* tunc verum est cùm alia illa actio non ex contractu serui, sed aliunde nascitur vt in actionibus pro socio & communi diuidundo, de quibus ibi agitur. Cæterùm quæcunque ex serui contractu datur contra dominum actio ea necesse est, vt vel de peculio sit, vel de in rem verso. Extra exercitoriam, institoriam, & tributoriam actionem. Est autem de in rem verso quoties datur contra dominum, nō tantùm ad quantitatem vsque peculij, sed etiam in solidum, vt & contra patrem in specie, *d. l. in bonæ fidei, 36. eod. tit.* de quo dicemus ad *vers. ego autem non puto, infr.* sequitur.

a *Nam & si hereditatē à seruo emero.* RAT. DVB. Cùm hereditatem ad te pertinentem à seruo tuo emi, vt quod mihi ab ipso seruo debebatur, compensarem, verum est nihil me soluisse, id est, nihil mihi abesse, quod creditorib. tuis soluerim. Ergo nec quicquam est quod eo nomine consequi abs te debeam actione ex empto. DEC. Compensatio vim solutionis obtinet, & qui secum compēsat, sibi ipsi soluere intelligitur, *l. 1. 3. & pass. inf. de compens. l. qua dotis, 33 sol. matr.* Ergo si hereditatem mihi auferas, atq; ita meæ cōpensationis commodum mihi eripias, hoc quoque te mihi actione ex empto præstare æquū est, perinde atque si alij cuilibet hereditario creditori soluissem,

quia hoc quoq; ex meo ad te peruenisse intelligitur, ob cōtractum cum seruo tuo habitū, ex quo proinde nō tantū ad finē peculij teneri te oportet, sed etiā quātū in rē tuā versū est: tantū aūt versū est, quantū mihi à seruo tuo debitū fuit, & à me compēsatū, hoc verò cùm Vlpianus ex Labeone scripsisset, subiicit.

b *Ego autē non puto de in rem verso esse actionē emptori, nisi hoc animo gesserit seruus, vt in rē domini verteret*: miror verò Vlp. ita scribere quasi Labeo actionē de in rem verso ab actione ex empto separatā dedisset, aut quasi possit in hac specie dari actio ex empto emptori, quæ nō sit etiā de in rē verso, id est quæ non habeat adiectionē illam de in rem verso, quod vtrūque falsum est, ideóque benè Labeo suæ sententiæ rationē illā attulit, *videri enim in rē meā versum*, non tā ad dandā de in rē verso actionē, ab actione ex empto separatā, (quę nulla hìc est, nec potest esse) quā ad causā dādæ actionis ex empto insolidū, id est cū adiectione illa de in rē verso contra patrē ex cōtractu filij, ex quo regulariter non datur, nisi de peculio, si non supra peculij quātitatem in rē domini versum probetur: nihilque aliud est de eo quod in rem versum esse dicitur tractare, quā de actione de in rem verso, id est de iure actionis, & de ipsius materia simul ac de facto disputare. Sumit.n. hæc actio, vt aliæ nonnullæ denominationem suam à facto ipso, nec ab eo separari facilè potest. Itaq; cū hic versicul⁹ aliquam saltem tacitā, eamq; non iustā Labeonis sententię reprehensionem contineat, mallem ergo Triboniano illū tribuere quàm Vlpiano, nō tā facilè Labeonem reprehendenti, quod proprium ac singulare quodāmodo Pauli in suis ad Labeonē notis studiū fuit. Accedit quod versiculus hic innuit posse in proposita specie locū esse actioni de in rē verso separatæ ab actione ex empto si fortè seruus tuus vendēdo hereditatē id egerit, vt in rē domini verteret. Hoc autē nec ego verū esse puto, cùm hic quoq; actio ex empto locū habere possit & debeat: sine qua nec actio de in rē verso, quę nihil nisi alterius actionis adiectio est, locū habere posset: obserua tamē actionē hāc ex empto cōtra dominū ex cōtractu serui non esse bonæ fidei simpliciter & absolutè, sed quodammodo mixtā ex bonæ fidei actione & stricta, quia non potest dari absolutè cōtra dominū, sed cū illa adiectione de peculio, vel de in rē verso, vt diximus ad *d. l. in bonæ fid. 136. supr. de pecu.* Triboniani error in hoc loco idē ille fuisse videtur, qui nostrorū interpretū existimantiū actionē aliquā esse de in rē verso per se subsistētē, & quę nec actioni ex empto, nec alij vlli adiecta sit, quod certè falsū est, nec à Labeone, aut Vlpiano vnquā cogitatū: quib. rectè visum est dandam esse emptori in specie huius §. actionē ex empto de in rē verso, & quidē in solidū, quia & solidū in rē domini versū erat. Sed & illud falsū est ꝙ in hoc versiculo scribitur ita demū dandam esse in hac specie actionē de in rē verso, si hoc animo gesserit seruus, vt in rē domini verteret. Quis.n. nescit in emēdo & vēdēdo nihil aliud agi inter emptorē & venditorē, nisi vt sibi vterque cōsulat quantū potest, & aduersariū in precio decipiat citra dolum malū: *l. in causæ 16. §. idem Pomponius de minor. l. 8. C. de rescin. vendit.* neq; verò quicquam interest eius, qui hereditatem à seruo emit quid animo seruus gerat, si modò ex eo cōtractu dominus locupletior fact⁹ sit, & in rē eius versū proponatur quicquid emptori abest. Omnimodo igitur danda est emptori actio, ex empto de in rē verso in solidū siue id egerit seruus, siue nō egerit, vt in rē domini pecunia emptoris verteretur: quia sufficit in rē domini solidū versū esse. Plus.n. hoc casu in veritate est, quā in opinione. Alioqui sequeretur, vt in hac specie actio ex empto in solidum danda esset emptori contra dominum, etiamsi nihil in rem domini versum proponeretur: quod tamen æquè falsum est, quia ex contractu serui nunquam tenetur simpliciter dominus qui nō cōtraxit, sed tātū vel de peculio, vel de in rē verso *l. nec seruus 41. l. si quis cū filiofam. 44. sup. de pecul.* ex his apparet versiculū hūc nullomodo defēdi posse, nec alij q̄ Triboniano adscribi.

5 ¶ Si filiusfamilias pecuniā mutuatus, pro filia sua dotem dederit: in rē versum patris videtur, quatenus auus pro nepte daturus fuit. quæ sententia ita demum mihi vera videtur,[a] si hoc animo dedit, vt patris negotium gerens.

Ad § vlt. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Officium paternum est dotare filiā *l. vlt. C. de dot. promiss.* Ergo si filiusfam. pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem suā, nō in rem patris eā vertisse dicendus est. DEC. Nō tantùm patris est dotare filiā, sed etiā aui paterni dotare neptē ex filio, quia eam perinde ac filium ipsū habet in potestate *l. capite 19. aliàs l. qui liberos inf. de rit. nup.* masculorū.n. nostrorū liberi ad onus nostrū pertinēt, *l. pen. de agnos. & alēd. liber.* quāuis officiū aui erga neptē ex officio patris erga filiā pēdeat *l. dotē 6. infr. de collat. bonor.* nec sanè aliter cōstitui ius potuit, cùm filiusfa. nulla bona habeat, nec habere possit, quādiu vult pater sibi per eū acquiri *l. 1. inf. si à parent. quis manum. sit, l. lex Corn. 28. in fin. de vulg. & pup. subst.* nec rursū potest filiusfa. filiā suā nuptui collocare quin pater cōsentiat, qui eā habet in potestate *l. 2. l. nuptiæ 18. & pas. inf. de rit. nupt.* in rē ergo patris versū esse fatēdum est, quod filiusfa. mutuatus est, vt filiæ suæ dotem daret. Adeò vt auo paterno dos hæc profectitia sit tanquā quę ab eo profecta intelligatur *l. profectitia 5. § si filiusfaml. de iur. dot.* Sed hoc cū distinctione, quā ibi Vlp. addit ex Neratio, & quā neq; hìc prætermisit *quatenus auus pro nepte daturus fuit.* nā si ampliorē dotē filiusf. filiæ suę dederit, quā pater eius fuerat daturus, non debet ea res nocere auo, qui ad aliud non tenebatur nisi vt congruam dotem nepti suę daret. Congrua porrò ea dos esse dicitur, quæ & facultatib. & dignitati familię mulieris, maritiq; respondeat *l. quæro 60. & seq. l. cùm post 69. §. gener. de iur. dot.* nec eo minùs tamen auo mortuo ea dos patri reddenda est, etiā, quod magis est, exheredato, *d. l. dotē 6. de coll. bono.*

a *Quæ sentētia ita demū mihi vera videtur*, vereor ne hic quoq; versiculus Triboniani sit, vt & postremus ille §. *superioris*. Primū quia nō alterius quàm suā sentētiā Vlp. hìc adfert. Solēt verò prudētes hac vti locutione tū duntaxat cū alterius cuiusdā nō suā opinionē retulerūt: deinde quia hęc ipsa sententia ab Vlpiano ipso proponitur in *d. l. 5. § si filiusfa. 8. infr. de iur. dot.* vbi sentētię huius authorē laudat Neratium, nec tamē vllā aliā adhibet distinctionē, nisi vt tanta dos in rē aui versa esse videatur, quātā auus daturus fuit. Postremò quia nec vera videtur hæc adnotatio: vt supradictā sētētia nō aliter vera sit, quā si filiusf. hoc animo filiæ suæ dotem dederit, vt patris sui negotiū gerens. Omnimodo enim auus tenetur de in rē verso pro pecunia cōuersa in dotē neptis ex filio tanquā cōuersa in rē suam dūmodo fuerit auus tantā daturus, quoniā eius negotiū omnimodo geritur. Cumque nō possit filiusf. mutuā pecuniā accipiēdo aliud negotium

negotium gerere quàm vel propriũ & peculiare vel paternũ, nemo dixerit videri eum gerere negotium peculij sui cũ pecuniã mutuã accipit, vt filiã suã dotet. Id si ita est, apparet nõ sibi tẽperasse Tribonianũ in hac lege quin sępiùs Vlpiano nostro manus inferret. Videtur autẽ motus ex *l. 5. §. vl. supr.* in illis verbis, *quoties seruus rẽ domini gerens*, sed nemo nõ videt quàm diuersa sit species huius §. ab illa quæ ibi tractatur.

8. PAVLVS libro trigensimo ad Edictum.

ET nihil interesse Pomponius ait, filię suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ dederit. Idem ergo dicemus ᵃ & si seruus mutuatus fuerit, & domini sui filiæ nomine in dotem dederit.

Ad l. Et nihil interesse 8.

RAT. DVB. Fauorabilior videtur causa filijfamilias qui pecuniã mutuat' est vt filiæ suæ dotẽ daret, quã si vt sororis suæ nomine, aut neptis ex altero filio natæ: cùm his personis minùs arcto sanguinis vinculo coniungatur. DEC. Eadem iuris ratio facit vt omnibus his casibus pater filijfamilias de in rem verso teneatur, quia ad patris onus pertinet non minùs, vt filiam suam primi gradus, neptémq; ex alio filio dotet, quàm vt filij huius filiam: liberorum siquidem omnium quos in potestate sua habet, onera ad eum spectant *d. l. penu. de agnosc. & alend. liber. d. l. capite 19. de rit. nupt.* Proinde quod hîc scribitur de sorore, intellige de consanguinea quæ sit ex eodem patre nata. Alioqui pater filijfamilias eam dotare non deberet; alia quæstio est de qua in *l. cùm plures 12. § penul. de admin. tutor.* An frater sororem vterinam æquè ac consanguineam dotare teneatur: etsi hoc ipsum in vterina Paulus ibi negat, sed non cadit quæstio in patrem qui vterinam filiam habere nullam potest.

a *Idem ergo dicemus.* RAT. DVB. & DEC. ad hunc versiculum eadem est, quæ ad *principium huius legis*: nàm & cùm seruus pecuniam mutuatus eam pro domini sui filia in dotem dedit, æquè dominum liberat, & in rem patris vertit: atque si filiusfamilias filiæ suæ nomine dotem dedisset.

9. IAVOLENVS libro 11 ex Cassio.

SI verò pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur.

Ad l. Si verò 9.

RAT. DVB. Nullus casus esse videtur in quo pater filiam & auus neptem ex filio dotare non teneatur cùm paternum officium sit dotare filiam, & auitum dotare neptem ex filio *d. l. vlt. C. de dot. promiss. l. capite 19. alias l. qui liberos de rit. nupt. l. dotem 6. C. de collat bon.* Quid ergo est quod hîc Iauolen. scribit, si pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum non videri?

DEC. Videtur hæc lex intelligenda de patre non qui nullam penitus, sed qui non tantam dotem daturus fuit *argu. l. 7. §. vlt.* in illis verbis, *quatenus auus pro nepte daturus fuit.* Fieri enim facilè potest vt pater propensiore in propriam filiã amoris ardore longè ampliorem dotem filiæ suæ constituat, quàm auus fuerat constituturus, siue aliorum liberorum cogitatione, siue rerum & facultatum suarum cognitione factus tenacior, sed & fieri aliquo casu potest, vt nec dotare neptem auus teneatur, si fortè nata sit ex eo matrimonio quod cũ ignominiosa vxore contra voluntatem patris filius contraxerit. Potest enim auus hanc pro suo iure exheredare nec proinde dotare illam cogitur *l. 3. §. si emancipatus de bonor. poss. contr. tabu.* vt neque orthodoxus filiam aut neptem hæreticam *l. cognouimus 19. in princip. & §. 1. Cod. de haret. & manich.* Quid deniq; si aliã non dotandę filiæ, vel neptis causam pater vel auus habeat? puta si patris vel aui vitæ insidiata sit, siue veneno, siue gladio: quis dicat versam esse in rem patris vel aui eam pecuniam quę impensa sit ad dotandam eam, quam egestate perpetua mulctare, ne dicam occidere, pro suo iure potuisset? Deniq; aliud est tractare de patre vel auo qui filiam suam, aut neptem ex filio dotare non teneatur, qui casus perrarò certè potest contingere. Aliud verò de patre vel auo, qui dotare nolit, etiamsi nullam recusandæ dotis causam iustam habeat. Hic enim per Præsidem quidem prouinciæ cogi potest, vt personas illas potestati suæ subiectas in matrimoniũ collocet ac dotet *d. l. capite*, sed non ideò consequẽs est, vt quę inuito eo dos, siue à filiofamilias, siue ab alio, puta à seruo earum nomine data fuerit in rem patris vel aui versa esse videatur. Sufficit enim ad impediẽdam actionem de in rem verso, vt non fuerit pater aut auus dotaturus, licèt dotare debuerit, alioquin is qui dotem huiusmodi daret inuito eo cuius est dotare Præsidis officio quodammodo fungeretur, & hæc certè loci huius sententia est.

10. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI pro patre filius fideiusserit, & creditori soluerit: in rem patris videtur versum: quia patrem liberauit.

Ad l. Si pro patre 10.

RAT. DVB. Filius hic qui pro patre suo apud creditorem paternum fideiussit, (nec enim inutilis & sine effectu hæc fideiussio est *l. si dubitet 10. § filiusfamilias infr. de fideiuss.*) si posteà soluerit nõ tam pro patre suo quàm pro seipso soluisse videtur, cùm esset ipse obligatus. Ergo in rem suam potiùs quàm in rem patris vertisse videtur.

DEC. Solutio à filiofamilias facta liberauit patrem, quia licèt duæ sint personæ debitoris principalis & fideiussoris, itémque duæ obligationes, vna principalis, alia accessoria; vnius tamen duntaxat quantitatis obligatio est, qua siue per debitorem, siue per fideiussorem soluta vterque liberatur, sed ita tamen vt fideiussore soluente liberetur quidem

reus à suo creditore, sed hoc ipso teneatur actione mandati fideiussori cuius pecunia liberatus est, *l. ex mandato*, 20. §. 1. i *fr. mandat.* §. *penult. Instit. de fideiuss.* Atqui locupletior fit quisquis à creditore suo liberatur, *l. si pupilli*, 66. *de solut. l. species*, 11. *de acquir. rer. domin.* Ergo quod filiusfamilis tanquam patris fideiussor soluit, in rem patris versum videri debet, licèt fideiussorio nomine soluerit. Eadem dubitandi & decidendi ratio est in filiofam. qui se pro patre soluturum constituit, de quo idem Vlpi. noster in *l. si filiusfam.* 15 *infr.* vbi paulò latiùs hæc quæstio tractatur, & additur quod & hic addendum est, non debere dari actionem de in rem verso contra patrem ex hoc solo, quod pro eo filiusfa. fideiusserit aut constituerit, sed ita demùm si soluerit. Neq; enim fideiubendo aut constituendo liberat patrem, sed soluendo.

1 ¶ Cui simile est, quod Papinianus libro nono Quæstionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium susceperit, & sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem. namque filius eum iudicio suscepto liberauit.

Ad §. 1. Cui simile est.

RAT. DVB. Filiusfamilias, qui quasi defensor patris iudicium suscepit si posteà condemnetur, non patris nomine, sed suo condemnatur: quia sibi imputare debet, cur se vltrò obtulerit, & eandem quam pater vicem subire voluerit: hoc enim est defendere eandē scilicet, quam reus vicem subire *l. minor* 51. §. 1. *supr. de procurat. l. 4. in princip. inf. de re iudic.* Ergo etiamsi soluerit nihil in rem patris vertisse videri potest, sed in suam duntaxat.

DEC. Quemadmodum fideiubendo & soluendo pro patre filiusfamilias liberat patrem, vt proximè diximus: ita & iudicium accipiendo pro patre etiam inuito, *l. solutione*, 23. *infr. de solut. l. qui seruum*, 20. *supr. de interrogat. in iur faci. l. delegare*, 11. §. 1. *de nouat. infr.* Ergo æquè actionem de in rem verso habere debet creditor, qui pecuniam credidit, ex qua filius hic quasi patris defensor condemnatus victori soluit. Est itaque hic casus de filiofamilias defensore patris, ei persimilis, de quo proximè diximus de filiofamilias patris fideiussore: sed hoc tamen dissimile est quod filius fideiubendo pro patre nondum eum liberat, sed tum demùm cùm soluit. Iudicium autem accipiendo pro patre statim eum liberat, non solùm priùs quàm soluat: sed etiam priùs quàm condemnetur, sed non ideò tamen actio de in rem verso statim nascitur. Quid enim si in ea lite filius vinceret? Quid si ex condemnatione secuta nihil solueret? Expectandum igitur est, ad inducendam actionem de in rem verso contra patrem, vt filius mutuam ad soluendum pecuniam acceperit, aut, vt quis filij condemnati nomine soluerit, putà fideiussor filijfamilias. Neque enim quisquam multò minùs verò filiusfamilias alienæ litis defensor sine satisdatione esse intelligitur, *d. l. minor*, 51. §. 1. *& ll. seqq. l. qui proprio*, 46. §. *qui alium*, *eo. tit.* Sic ergo hic locus intelligendus est, vt filijfamilias fideiussor, qui pro eo quasi patris defensore condemnato soluit, habere debeat, contra patrem, ex hac causa actionem de in rem verso.

2 ¶ Idem tractat Papinianus: & si, quod patrem dare oporteret, à filio sim stipulatus: & ita conuenerim filium. nam & hîc de in rem verso fore actionem, nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat[a].

Ad § 2. Idem tractat Papinianus.

RAT. DVB. Si quod patrem dare mihi oportebat ab eius filiofamilias stipulatus sim, atque ita filium conuenerim, iam liberatus est pater nouationis potestate. Ponendum enim est nouandi animo factam esse hanc stipulationem: quomodo & aliæ stipulationes concipi solebant, quæ nouandi & delegationis faciendæ animo interponebantur, *l. Stichum*, 8. §. *si quis ita*, *& l. emptor*, 27. *de nouat. l. & vno* 18. §. 1. *de acceptilat.* Ergo etiā si postea conuentus à me filius soluat, nihil vertit in rem patris: sed in suam, cùm ea solutione se liberet non patrem, qui iam erat liberatus. Nec enim is, qui semel iam liberatus est, iterum liberari magis potest.

DEC. Etsi nouatio in proposita specie liberat patrem, non solutio: attamen cùm solutio fiat in consequentiam necessariam nouationis, quæ facta fuerat in ordine, vt loquuntur ad futuram solutionem, negari non potest quin versa sit in rem patris hæc pecunia, quæ ad dissoluendam filijfamilias obligationem impensa est, & filiofamilias credita. • Vt proinde actio de in rem verso contra patrem ex hac causa dari debeat creditori, qui in hanc causam vel soluit pro filiofamilias, vel ei credidit. Nam nec adeò liberatus est pater per nouationem à filiofamilias iure delegationis factam, vt non maneat pater filiofamilias quandocunque soluenti obligatus hoc nomine ac si pro patre filiusfamilias fideiussisset, vt in *principio huius legis*, *& in l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss.* Licèt propter impedimentum patriæ potestatis filiusfamilias, qui pro patre soluit, neque mandati, neque negotiorum gestorum actionem habere possit contra patrem, neque de in rem verso, *l. ne cum filiofamilias*, 16. *infr. de furt. l. Imperator*, 50. *ad Senatusconsultum Trebellianum*, *l. 4. supr. de iudic.* Sed pro eo incommodo habet auxilium præceptionis & deductionis in accipiendo cum fratribus iudicio familiæ erciscundæ, *l. si filia*, 20. §. *si filiusfamilias*, *supr. famil. ercisc.* Nec eò minùs tamen filio patrem de in rem verso teneri verum est, vt apparet ex §. *seq. in fi.* vbi dicam.• Cùm autem in hoc §. loquatur Vlpianus ex Papiniano, de actione de in rem verso, quæ nunquam filiofamilias contra patrem, dari potest, intelligimus ita esse hoc accipiendum, vt alij quàm filiofamilias danda sit ea actio, id est, creditori qui vel pro filiofamilias soluerit, vel pecuniam ei crediderit, vt pro patre solueret, quomodo posuimus. Nisi ponas filium hunc emancipatum esse, eo tempore, quo contra patrem agere velit de in rem verso, vt & in *l. si filiusfamilias*, 15. *infr.*

a *Nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.*

RAT. DVBIT. Non valent donationes factæ inter pa-

inter patrem & filium, siue pater filiosfamilias, siue filiusfamilias patri donauerit, *l. 2. Cod. de inoffic. donat. l. siue emancipatis 17. Cod. de donat.* ne quidem ex causa dotis *l. Pomponius Philadelphus 35. supr. fam. ercisc.* neque Papiniani temporibus confirmabantur morte ante constitutionem Iustiniani, in *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo referre potest an filius patri donare voluerit, an non?

Dec. Quisquis pro alio fideiubet donandi animo, nullum aduersus eum habere potest regressum *l. si quis reum 5. in princ. infr. de liber. legat.* Proinde si ex ea fideiussione postea soluat, pro se solo soluit, non etiam pro eo pro quo fideiussit: nec aliud iuris est in filio fideiubente pro patre: quia licèt patri contra filiumfamilias, aut filiofam. contra patrem extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculij actio nulla dari possit: obligationes tamen naturales, quæ inter eos contrahuntur ex causa ciuili æstimandæ sunt quomodo de obligationibus naturalibus, quę inter seruos & dominos contrahi possunt, scribit Pomponius in *l. non solùm 49. §. vlt. supr. de pecul.* vt quib. casibus inter alias personas actio aliqua daretur vel denegaretur, iisdem obligatio naturalis inter patrem & filiumfamilias, vel contrahatur, vel non contrahatur. Porrò quo casu non posset pater à filio conueniri, neq; mandati, neq; negotiorum gestorum, neq; alia vlla actione, etiamsi iure patriæ potestatis actio non impediretur. Dicendum est nec ab alio qui pecuniam filio crediderit conueniri patrē posse actione de in rē verso. Ergo si patri fili⁹ donare voluit dū se nouādi animo pro patre obligat: dicēdū est cessare de in rē verso actionē, *ex reg. l. 1. §. & regulariter supr.*

3 ¶ Quare potest dici, etsi de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso vsque ad peculij quantitatem. cuius sententiæ id erit emolumentum: vt, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conueniatur. ego, & ante condemnationem [a] post iudicium patris nomine acceptum, de in rem verso patrem teneri puto.

Ad §. 3 Quare potest dici.

Rat. dub. Commodius patri est teneri de peculio, quàm de in rem verso: quia de peculio actio (quamuis perpetua) certis tamen casibus finiri & extingui omnino potest, puta ademptione peculij sine dolo malo facta, *l. 1. §. 1. supr.* aut cōuerti in annalem ex causis, de quibus in *tit. prox. supr.* & ita anno finiri, cùm è contrario semper actio de in rem verso sit perpetua. Non ergo in rem & vtilitatem patris versum quicquam videtur, ob id solùm quòd is ab actione de peculio sit liberatus, si ex ea causa incipiat posse conueniri de in rem verso. Iuuari autem nos beneficio, non decipi, aut in deteriorem conditionem proiici oportet, *l. in commodato, 17. §. penult. supr. commod.* Ergo si filiusfamilias, quasi defensor patris, actionem de peculio susceperit, licèt eo beneficio patrem etiam inuitum liberauerit, non vsque adeò tamen in rem patris vertisse dici potest, vt eo nomine actionem de in rem verso habere debeat, præsertim cùm ea actio propemodum inutilis & sine effectu futura sit, cùm aduersus patrē nō possit cōpetere vltra peculij quantitatem, quæ actionis de peculio non de in rem verso natura est. Vnde illud etiam fortasse est, quod Paulus scribit in *l. prox. seq.* quod seruus in hoc mutuatus fuerit vt creditori suo solueret non esse in rem versum, quamuis ab actione de peculio liberatus sit dominus. Cur ergo in rem patris vertisse magis filius videbitur, qui actionem de peculio suscipiendo, quasi patris defensor patrem ab actione de peculio liberauerit? an fortè minoris potestatis est liberatio, quæ acquiritur per solutionem verámque numerationem, quàm quæ per susceptionem iudicij factam alieno nomine?

Dec. Filiusfamilias iudicium accipiendo pro patre liberat patrem, §. 1. vbi diximus, *supr.* & consequenter suscipiendo pro patre actionem de peculio liberat patrem ab ea actione de peculio: idque non accessoriè & per consequentias, vt dominum seruus in specie *dicta l. seq.* sed principaliter, & ita vt patrem solum liberet, non etiam seipsum ab ea actione, qua in solidum ex suo contractu tenetur, *l. si quis cum filiofamilias, 44. supr. de pecul.* Ergo facit patrem eatenus locupletiorem, quatenus actione de peculio præstare debuisset, hoc est ad concurrētem vsque peculij quantitatem. Proinde eatenus quoq; illum obligat actione de in rem verso, sed quæ contra naturam actionis de in rem verso æquanda est actioni de peculio, vt peculij quantitatem non excedat, nec minorem quoque summam persequatur. Alioqui locupletaretur pater ex iactura filij cuius facto ab actione de peculio liberatus esset, si non catenus de in rem verso teneretur: iuris ergo ratio facit, vt pater de in rem verso teneri debeat filio, non quidem, vt à filio cōueniri possit, sed vt filij debitor sit, patreq; mortuo eam quantitatem ex hereditate præcipere filius & deducere possit, quia in rem patris verterit, vt in *l. si filia 20. §. 1. supr. fam. ercisc.* nec leue huius sententiæ emolumentum est, tametsi actio hæc de in rem verso non vltra quantitatem peculij aduersus patrem sit competitura. Est enim vtilius habere actionem de in rem verso quàm actionem de peculio: cùm actio de peculio finiri variis modis possit, actio verò non esse perpetua de in rem verso. Atque ita hîc subtiliter Vlpianus ex Papiniano ratiocinatur, neque in eo vlla fit patri iniuria qui ab actione de peculio quæ mollior est, ita liberatur, vt incidat in actionem duriorem de in rem verso. Id enim fit ex necessaria iuris ratione, & ex quodam iuris ordine, vt Paulus loquitur in *l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* quia neque liberari potest pater ab actione de peculio, quin hoc ipso fiat locupletior, neque fieri locupletior ex facto filij quin hoc ipso etiam in rem eius vertisse filius videatur. Quamquam non tam de iure quàm de materia actionis de in rem verso hic locus intelligi debet, vt apparet clariùs ex eo quod subiicitur in *vers. seq.* Potest enim teneri quidem pater filio de in rem verso iure naturalis tantùm obligationis, sed conueniri à filiofamilias nullo modo potest, ciúsque obligationis effectus differēdus est in id tempus quo filius post mortem patris in diuidenda cum fratribus hereditate possit & debeat præcipere id quod sibi à patre de-

bebatur siue ex causa in rem versi, siue ex alia qualibet, vt diximus ex *d.l.si filia*, 20. §.1.*supr. familiæ ercisc.*

a *Ergo & ante condemnationem.* RAT. DVB. Ante condemnationem adeóque ante condemnationis executionem nihil adhuc filio abest, licèt actionẽ de peculio pro patre susceperit. Nihil ergo in rẽ patris adhuc vertisse dici potest, multò minùs sciri quid & quãtum in rem patris verterit. Nondum ergo pater de in rem verso teneri ei potest, præsertim cùm inter patrem & filiumfamilias, neque ciuilis vlla obligatio contrahi possit ob vinculum patriæ potestatis, *l. Imperator*, 50. *infr. ad Senatusconsultum Trebellianum*, neque lis & actio vlla exerceri, *l.4.supr. de iudic.l.ne cum filiofamilias*, 16.*infr. de furt.*

DEC. Ex parte patris certum est liberatũ esse eum à quo instanti filiusfa. quasi defensor patris actionẽ de peculio suscepit eius nomine, nec expectari condẽnationem, *d.l.solutione*, 23.*de solut.* Ex parte verò filijfamilias, licèt nondum condemnatus sit, abesse tamen intelligitur hoc ipsum, in quo obligatus est, *l. si quis mandatu*, 28. *in fin.supr. de negot. gest.* Ergo etiam ante condemnationem verum est filium hunc vertisse in rem patris, & consequenter teneri patrem de in rem verso. Non ita tamen vt actione de in rem verso conueniri à filiofamilias possit. Sed vt obligatio naturalis exinde contrahatur, quæ inter patrem & filium potest consistere, *l. frater à fratre*, 38. §. 1. *supr. de condict. indeb.* effectum suum deductionis & retentionis tum paritura, cùm patre mortuo diuidenda erit inter fratres hereditas *d. l. si filia*, 20. §.1.*supr. familiæ erciscundæ.* Effectus verò huius sententiæ & emolumentum in eo erit, quod si pater ante filij condemnationem decesserit, non eò minùs præcipiet filius, & deducet id in quo est obligatus, quia in rem patris iam verterit: quod tamẽ non ita esset, si non iam ante condemnationem in rem patris versum esse intelligeretur.

4 ¶ In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est, proinde, si pars versa est, de parte erit actio.

Ad § 4. In rem autem versum.

RAT. DVB. Actio de in rem verso datur ex contractu filijfamilias vel serui. Contractus autem in persona filijfamilias vel serui indiuiduus est: quia non fuerat creditor cum filiofamilias vel seruo pro parte contracturus. Ergo non debet siue ex persona patris, siue ex euentu condicio obligationis immutari, *argum. l. 2. §. ex his infr. de verb. obligat.* vt pro parte detur actio de in rem verso, pro parte non detur: sed vel in solidum, vel nulla ex parte dari eam necesse est.

DEC. Materia actionis de in rem verso tota diuidua est, cùm facilè fieri possit, fiatque quotidie, vt pecuniæ filiofamilias vel seruo creditæ pars in rem patris vel domini versa sit, pars verò alia versa non sit. Necesse igitur est, vt ipsa quoque de in rem verso actio diuidua sit, & pro ea quidem parte pecuniæ, quæ in rem versa est, competat. Pro alia verò, quæ versa non est, non competat. Id enim nomen ipsum actionis demonstrat, quemadmodum & nomen actionis de peculio demonstrat nihil ea actione persequi creditorem: nisi quod est in peculio. Porrò eadem in cæteris omnibus diuiduis ratio esse solet partis, quæ totius, *l. quæ de tota*, 76. vbi diximus *supr. de rei vindicat. Iunge §. præterea, Institut. quod cum eo, qui in alien. potest.*

5 ¶ Sed vtrùm in sortem duntaxat tenebitur dominus, an & in vsuras? & si quidem promisit vsuras: Marcellus libro 5. Digestorum scribit, dominum præstaturum, sed si non sint promissæ, vtique non debebuntur: quia in stipulatum deductæ non sunt. Planè si contemplatione domini [a] pecuniam dedi non gerenti seruo negotia domini, sed ipse gerens: negotiorum gestorum actione, potero etiam de vsuris experiri.

Ad §. 5. Sed vtrùm in sortem.

RAT. DVB. Ex stricti iuris actionibus non debentur vsuræ, nisi in stipulationem deductæ sint, *l. 3. C. de vsur. l. Titius*, 24. *infr. de præscript. verbor.* Atqui actio de in rem verso stricti iuris est, sicut & alia quælibet de peculio actio: nec enim numerantur inter cæteras bonæ fidei actiones, in §. *actionum*, 25. *Institution. de action.* Ergo non potest pater vel dominus ea actione conuentus vsuras vllas debere quas ipse non promisit, licèt filius vel seruus promiserit. Præsertim cùm non sicuti pecunia credita in rem patris vel domini versa est: ita & vsuræ eius pecuniæ in rem domini versæ dici possint, quod vnum tamen in actione ista de in rem verso inspiciẽdum videtur. Cùm non ob id competat aduersus patrem vel dominum, quòd filius aut seruus aliquid promiserit: sed quia id quod promisit in rem patris vel domini versum sit. Ex alia verò parte mouet, vt dicendum videatur vsuras omnimodo ex hac actione deberi, quamuis eas neque pater aut dominus, neque filius aut seruus promiserit, quòd actio de in rem verso simillima est actioni mandati aut negotiorum gestorum cùm regulariter nõ aliis casibus competat, quàm quib. inter alias personas mãdati, vel negotiorũ gestorũ, agi posset, *l.3. §. & regulariter, sup. hoc tit.* Atqui in actione negotiorum gestorum vsuras venire constat, etiam quæ promissæ non fuerunt, vt subiicit Vlpianus in *hoc §. & in l. & in contraria*, 37 *infr. de vsur.* Quidni ergo etiam in actione de in rem verso? Ita fit vt neutra pars distinctionis vera esse videatur, quam Vlpianus ex Marcello tradit, in *hoc §.* vt si quidem seruus vsuras promiserit, eas dominus præstare debeat. Si verò à seruo promissæ non sint eæ nec à domino debeantur. Promissæ, inquam, per stipulationem: nam etsi per pactum nudum etiam in continenti appositum promissæ sint, constat eas non deberi, *d.l. 3. C. de vsur.* in eóque differre vsuras pecuniæ creditæ ab vsuris frumenti vel olei vel hordei mutuò dati, aliarúmque

aliarúmque huiusmodi mercium quarum pro temporum & locorum varietate alia atque alia est æstimatio *l. frumenti 17. l. oleo 23. eod. tit.* Et sanè cùm simpliciter quid promissum nostri dicunt per stipulationem promissum intelligunt *l. 1. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* nisi paciscendi tantùm animo promisũ proponatur *l. iurisgẽtiũ 7. §. quod ferè sup. de pact.*

Dec. Ex contractu filijfamilias vel serui datur actio de in rem verso contra patrem vel dominum, non autem ex contractu patris vel domini: proinde cùm de vsuris pecuniæ creditæ, & in rem versæ quæritur, non illud inspiciendum est an pater vel dominus, sed an filius vel seruus vsuras promiserit, & quidem per stipulationem, vt modò diximus: nec illud etiam exigimus, vt in rem patris vel domini versæ sint, quia nõ principaliter petuntur, sed tãquam accessiones sortis debitæ, & quæ creditoris lucro solẽt cedere, licèt cùm promissæ non sunt, non tam propter lucrum petentium quàm propter moram non soluentium infligantur *l. cùm quidam 17. §. si pupillo infrà, de vsur.* Debebũtur itaque à patre vel domino si à filio vel seruo promissę sint: non debebuntur si nõ sint promissæ, quoniam actio de in rem verso stricti iuris est, in eóque differt ab actionibus mandati & negotiorum gestorum, quæ sunt bonæ fidei, & ex quibus idcirco vt ex cæteris bonę fidei iudiciis vsurę omni modo præstantur ex die moræ, quamuis non fuerint promissæ *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsuræ 34. & seqq. de vsur.* Et quamuis actio de in rem verso aliquid simile habeat cum actionibus Mandati & Negotiorum gestorum quantum ad causam & materiam producendæ actionis: habet tamen omnia dissimilia in præstationibus, maximè verò accessionum, sicut & actiones cæteræ stricti iuris differunt à iudiciis bonæ fidei *§. in bonæ fidei 26. & seq. instit. de action.* est igitur optima, iurique conuenientissima Marcelli distinctio.

a *Planè si contemplatione domini.* Rat. dub. Nihil interest domini an eius contemplatione ac tanquam ipsius negotia gerens creditor pecuniam dederit, an verò seruo gerenti negotia domini cùm ponamus vtroque casu pecuniam in rem domini versam esse. Non ergo maior ratio est vt vno casu quàm alio vsuræ eius pecuniæ à domino debeantur vel non debeantur, siue iuris rigorem spectes, siue æquitatem.

Dec. Cùm quis pecuniam credit seruo gerenti negotia domini, non id agit vt dominum sibi obliget, nisi de in rem verso ex persona & contractu serui, ex qua actione cùm sit stricti iuris non potest vsuras petere à domino, nisi quæ à seruo promissæ sint, vt modò diximus: at cùm non seruo gerenti negotia domini: sed ille ipse gerens credit pecuniam, id agit procaldubio, vt dominum ipsum rectà & immediatè sibi obliget actione negotiorũ gestorum, quæ quoniam bonę fidei non stricti iuris est, vsurarum etiam non promissarum additamenta facilè admittit. Tantam igitur inter hos casus differentiam esse necesse est, quanta est inter actiones bonæ fidei & stricti iuris.

6 ¶ Versum autem sic accipimus, vt duret versum. Et ita demùm de in rem verso competit actio [a] si non sit à domino seruo solutum, vel filio. Si tamẽ in necem creditoris, [b] id est, perdituro seruo, vel filio solutum sit, quamuis solutum sit: desinit quidem versum: æquissimum autem est, de dolo malo aduersus patrem, vel dominum competere actionem. Nam & peculiaris debitor [c] si fraudulenter seruo soluerit, quod ei debebat, non liberatur.

Ad §. 6. Versum autem.

Rat. dub. Ex quibus causis daretur actio negotiorum gestorum ei qui absentis negotia gessisset, ex iisdem datur actio de in rem verso ei qui cum filiofamilias vel seruo contraxit *l. 3. §. & regulariter suprà.* Atqui vt detur negotiorum gestorum actio, sufficit negotium vtiliter cœptum esse, nec illud etiam requiritur, vt vtiliter perfectum sit, tantùm abest, vt vtiliter perfectum durare oporteat, *l. sed an vltro 10. §. 1. & legib. seqq. sup. de neg. gest.* ergo neq; in actione de in rem verso exigere debemus, vt quod semel vtiliter & in rem patris vel domini versum est, versum duret: alioqui numquam satis tutus erit creditor si etiam futuros euentus præstare teneatur: quos nec alius quisquam præstare cogitur *l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. act. l. contractus 23. in fin. de fid. instrum.* Et verò si ad heredem semel aliquid & vel vno momento peruenisse sufficit, vt in perpetuum debeat licèt cõsumpto eo decesserit *l. videamus 17. supr. quod met. caus. l. cùm Prætor 127. de reg. iur.* quidni etiam ad inducendam actionem de in rem verso sufficiet, vel momento vno versum esse?

Dec. In toto ferè iure nostro ita comparatum est, vt nihil videatur factum quod non duret factum, vt videre est in specie *l. item eorum 6. §. penult. supr. quod cuiusq; vniuers. nomin. l. nam etsi 15. §. 1. de inoff. testam. l. 2. §. peruenisse infr. de hered. vel act. vendit. l. 4. §. tunc autem 12. infr. de vsucap.* maximè verò si de danda actione & inducenda quæratur. Requirit enim actio omnis præexistentem materiam, eámque certam & constantem, vt certa quoque & iusta possit esse actio. Quid enim esset absurdius quàm dari de in rẽ verso actionem eius pecuniæ nomine, quæ eo tempore quo ageretur iam versa esse desiisset? vt in ea specie, quam Vlpianus statim proponit, si quod in rem patris aut domini versum fuit solutum sit filio vel seruo: non igitur sufficit in rem versum esse nisi duret versum, sed de ea demùm duratione id accipiẽdum est, quæ ex natura & qualitate gesti negotij induci possit, vt putà si quod in rem versum fuerat, solutum postea sit, vt in specie quæ sequitur, & in *§. penu. infr. hac lege*, nõ etiam de ea quæ per casum aliquem fortuitum impediatur, puta si frumentum ex creditoris pecunia comparatum ad alendam domini familiam & in horreo domini reconditum postea corruptum sit aut arserit: his enim casibus id quod in rem versum est non minùs durare intelligitur, quia etiam hodie duraret si frumentum non intercidisset, neque casus hi fortuiti ad onus, & periculum creditoris pertinere debent *l. 3. §. vnde rectè dicitur & seq.* vbi diximus, *supr. ex l. si seruus 31. supr. famil. ercisc.* alia ratio est actionis negotiorum gestorum, ad quam nihil aliud requirimus, nisi vt negotium vtiliter geratur,

Vtiliter autem geritur, tum cùm vtiliter inchoatur. At in actione de in rem verso in rem versum esse oportet, vt actioni locus esse possit, nec sufficit in rem vertere aut cœpisse aut voluisse nisi in casu, *d.l.3.§.vl. supr.hoc tit.* Effectu autem in rem versum esse sufficit, non etiam euentu, vt in rem versum sit necesse est. Separandus enim est effectus ab euentu vt supradictis locis explicauimus. Alia item ratio est eius actionis quam dicimus in heredem dandam esse de eo, quod ex defuncti dolo ad eum peruenit. Satis enim est vel vno instanti ad eum peruenisse *d.l.cùm Prætor*, quia cùm iam heres sit, sufficit ad eum obligandum, vt non possit dicere nihil ad se ex dolo defuncti peruenisse. Hoc verò non potest dicere si vel vno momento ad eum quid peruenerit. Falsa enim est tota negatio, cuius contraria affirmatio vel vno momento vera est.

a *Et ita demùm de in rem verso competit actio.* RAT. DVB. Actio alicui iustè & ex facto suo quæsita, non potest ei inuito vel ignoranti alieno facto adimi, *l. Granius, 71.§.pen.infr.de fideiuss.* vt neque excepti, *l.vlt. supr.de pact.l.id quod nostrum, 11.l.non debet, 74.de regul. iur.* Atqui ponimus actionem de in rem verso iustè acquisitam fuisse creditori, quòd eius pecunia filiofamilias aut seruo credita in rem patris vel domini, versa fuerit, versaque durauerit. Ergo etiamsi postmodum pater filio, vel dominus seruo soluerit quod in rem versum fuit, non debet ea res nocere creditori, quo ignorante ea solutio facta est, quominus saluam retineat de in rem verso actionem. Alioqui eueniet vt facto suo liberet se pater aut dominus ab ignorante creditore, quod absurdum & iniquum videtur, *l.si seruum, 91.§. nunc videamus, infr.de verb.oblig.*

DEC. Ex contractu filijfamilias vel serui, qui mutuam accepit pecuniam, vt eam in patris aut domini rem verteret, & vertit, non obligatur dominus aut pater creditori de in rem verso nisi per mediam filij vel serui personam: Primus autem creditor patris vel domini filius ipse aut seruus est. Ergo cùm solutio modus naturalis sit tollendæ obligationis siue naturalis siue ciuilis, nec æquum sit eo vinculo manere obstrictum eum, qui soluere atque ita se liberare paratus sit, vt ex vtriusq; obligationis & ciuilis & naturalis diffinitione apparet, *l.cùm amplius, 84.§.is natura debet de regul.iur.& apud Iustin.initio tit.de oblig. & act.* non est prohibendus pater aut dominus filio vel patri soluere quod ei debet etiam inuito creditore, ne alioqui retineatur inuitus in obligatione, quòd esset iniquum, & quod dicitur neminem facto suo posse liberationem sibi acquirere, *d.§.nunc videamus*, ad hunc casum non pertinet, in quo per solutionem aut quid aliud simile solutioni, & æquipollens acquiratur liberatio, vnde & obsignationis remedium introductum est, vt tum quoque cùm creditor non vult accipere solutionem liberari tamen debitor possit, *l.si creditrici, 6.l.acceptam, 19.C.de vsur.l.nec creditores, 10.C.de pignor.act.l. obsignatione, 9.Cod.de solut.* E contrario autem potest imputari creditori cuius pecunia in rem patris aut domini versa est, cur non citiùs & diligentiùs egerit de in rem verso, cùm pater aut dominus adhuc filij vel serui sui debitor esset, vt & in *l.3.C.de nouat.* nec aliud vnquam exigimus à debitore quisquis ille sit quàm vt soluat vero, & immediato creditori, & bona fide, non in fraudem & necem creditoris, vt sequitur in *textu, iunge l.quidam, 16.infr.*

b *Si tamen in necem creditoris.* RAT. DVB. Non pòt mala fide soluere qui soluit vero creditori. Id enim facit, quod iure siue gentiū siue ciuili facere illū oportet, siue naturalis tātùm, siue etiam ciuilis fuerit obligatio. Nam si ciuilis fuit, iniquū est impunè non soluere eū, quē Prętor, vt soluat, possit cogere, *l.quod autem, 6.§.apud Labeonē, infr.quæ in fraud.credit.* Si verò naturalis tātùm subest obligatio, quæ solo debitoris pudore ac rubore cōtineatur, vt de antiquis fideicōmissis scriptū est à Iustin.in *§.1.tit.de fideic.libert.* tantò minùs imputandum est debitori, qui soluit citiùs ne quasi perfidus erubescere diutiùs cogeretur, *l.cùm amplius, 84.§.is natura debet, de reg.iur.* Nō enim cōparatæ aut necessariæ fuerūt actiones nisi aduersus perfidos, vt Theophil.in *tit.de actio.* scribit. Sic dicimus nō posse malæ fidei emptorē eū esse, qui emit à vero domino, nec si pecuniā det ei quē sciat statim perditurū ob id effici malæ fidei emptorem, *l.si quis cùm sciret, 8.infr. pro emptor.* Ergo etiamsi perdituro filio vel seruo pater aut dominus soluerit: non ideò tamen mala fide, ac in necem creditoris solutum dici potest. Nam in eo quidem qui pecuniam credit minori fortè & adolescenti luxurioso ea distinctio recipi potest, at non similiter in eo qui soluit quod debet. Pecuniam enim credere non est necesse, at soluere quod debetur necesse est, vt eleganter ratiocinatur Paulus in *l. quòd si minor, 24.§.restitutio suprà de minor.*

DEC. Nemini permittendum est vt iuris sui prætextu alteri inferat iniuriam. Ius enim suum tueri quisque debet, nō iniuriam comminisci, *l.1.§.1.quod vi aut clàm:* & sic debet quisque condicionem suam meliorem facere, vt alterius non faciat deteriorem, *l.1.§.sed & fossas, de aqua & aquæ pluu.arcend.* In eámque causam inductum est à Prætore edictū fraudatoriū, de quo in *tit.quæ in fraud. credit.* ad reuocanda sc.omnia quæcunq; in fraudem creditorum alienata quoquomodo, & gesta sunt. Atqui nihil fraudulentiùs facere potest pater aut dominus in necem creditorū filij, aut serui, quàm si perdituro filio pecuniā soluat aut seruo. Cùm ea ratione liberet se ab actione de in rem verso, nec tamen locupletius efficiat peculiū, vt quod per actionē de in rem verso consequi actor nō poterit, per actionem de peculio consequatur. Ergo si tale quid pater aut dominus fecerit, i. perdituro filio aut seruo soluerit, liberabit quidem se à naturali obligatione, atq; ita facient ne actione de in rem verso conueniri ampliùs possit, quia non durauit in rem versum. Necesse autem est vt duret versum, in id saltem vsq; tempus quo agatur de in rem verso, vt scriptum est *initio huius §.* Sed tamen æquissimum est in vicē actionis de in rem verso dari aduersus patrē vel dominum de dolo subsidiariam actionem, ne dolus patris vel domini noceat creditori, maneátque impunitus, quòd ferendum nunquam est, *l. 11. §. 1. infr. de doli mali except.* Præsertim verò cùm non magis soluere filio vel seruo pater aut dominus cogi possit, quàm pecuniam credere, quod in aliis debitoribus diuersum est, *d.§.restitutio*: adeò vt sufficiat patri vel domino quod peculiaris debitor filij vel serui manere nolit, quasi hoc casu adempto eatenus peculio, *l.7.§.penult.& l.seq.in fin.supr.de pecul.* Quanquam non puto ea ratione perimi posse actionem de in rem verso: sed tantùm vera solutione. Cùm sola voluntas patris aut domini facere non possit, quominus in rem versum duret quod semel versum fuit, non magis quàm vt per nudam voluntatem procuratoris, aut tutoris, vel curatoris liberari possit debitor, qui alioquin per veram solutionem liberari potuisset, *l.22.C.de pact.l.4.C.de nouat.* Pla-

rat. Planè nec ademptio peculij dolo malo facta liberat patrem vel dominum ab actione de peculio, sed ita demùm si bona fide facta sit *l.1.§.1.sup.l.interdum 14.infr.hoc tit.l.summa cum ratione 21. & l. quis ergo 16.supr.de pecul.* Quantò minùs liberabit ab actione de in rem verso, quæ semper potentior est? nempe actio de peculio comparata est aduersus damnum creditoris, id est, ne creditor damnum sentiat, actio autem de in rem verso aduersus lucrum patris vel domini, vt scriptum est in §.*sequ.* id est, ne pater vel dominus lucretur ex creditoris damno & locupletetur. In necem verò creditoris solutio à patre vel domino facta videri debet, non vtique si perdituto filio vel seruo soluerit, sed si ea mente, vt propter solutionem perdituro factam creditor in damno maneret. Non enim fit fraus & dolus sine consilio fraudandi. Alius tractatus est de emptore qui emit à domino, sed quem sciebat pecuniam perditurum de quo in *d.l.si quis cum sciret 8.pro emptor.* Sed & obseruandum est in hac specie dolum non facere vt actio de in rem verso ex contractu serui quæsita, & per solutionem quamuis fraudulentam à patre factam extincta, reuiuiscat, quia in omnibus obligationibus & actionibus semel extinctis generale est, vt nunquã reuiuiscant *l. qui res 98.§.aream de solut.l.ob eam causam 9.infrà de prascript. verb.* & in hac quoque §.*penul.infrà.* Sed vt quasi omni alio auxilio cessante actio de dolo inducatur quæ sit creditori in vicem actionis de in rem verso, vt plenissimam indemnitatem consequatur, simile quiddam est in *l. seruus 20.supr. de dolo.* vbi contra dolosum dominum datur actio de dolo, quia neque actio de peculio competit, neque de in rem verso.

c *Nam & peculiaris debitor.* RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ *ad versiculum proximè præcedentem*, nam & peculiaris debitor cùm verè debitor serui sit non est prohibendus ei soluere, vt acquirat sibi liberationem. Et tamen si in fraudem & necem creditorũ soluere velit, non est ei permittendum. Ideóque etiamsi soluerit non liberatur, vt hîc Vlpianus scribit. In quo tamẽ differt hic casus à superiore, in quo diximus dominum qui seruo soluit etiam in fraudem creditoris cuius pecunia in rem domini versa est liberare se ab actione de in rem verso, ideóque subsidiaria de dolo actione conueniendum esse. Cur verò tam variè? Nimirum quia fraudulatorium interdictum restituere potest obligationem debitoris peculiaris, vt perinde ac si non esset liberatus Pauliana conueniri possit *l. 1. §. vltim. & l.2. quæ in fraud. credit.* quæ porrò quoties competit, aut alia quæuis actio etiam restitutoria & extraordinaria, cessat de dolo *l.1.§.1.& §.ait Prætor & seq.supr. de dolo.* At non potest edictum fraudatorium restituere obligationem qua dominus seruo tenebatur ob pecuniam in rem domini versam, quia naturalis tantùm fuerat illa obligatio, nec actionem vllam contra dominum creditoribus serui acquirere poterat. Cùm tam peculiaris obligatio qua debitor extrane⁹ tenetur seruo, extraneum obliget domino actione directa siue ciuili siue honoraria ex illo serui contractu competente, perinde ac si dominus ipse contraxisset, *l.nec seruus, 41.supr. de pecul.* Ergo quod hîc dicitur peculiarem debitorem in fraudem creditorum peculiarium seruo soluat nõ liberari, sic intelligendũ est, vt in effectu non liberetur, sed per Paulianam actionem in pristinam obligationem restituatur, nec proinde necessaria sit creditori contra peculiarem debitorem actio de dolo: quomodo necessaria est contra dominum qui per solutionem fraudulentam seruo factam liberauit se ab actione de in rem verso, quia non potest restitui actio illa de in rem verso contra dominum: quin restituenda sit in necessarium antecedens obligatio naturalis domini erga seruum extincta per solutionem: Quæ porrò obligatio restitui nunquam, vt diximus, potest, quia ea demùm obligatio per edictum Prætoris restituitur quæ actionem parere & restituere simul possit.

7 ¶ Si domini debitor sit seruus, & ab alio mutuatus, ei soluerit: hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. proinde si, cùm domino deberet triginta, mutuatus quadraginta, creditori eius soluerit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem, aut, si tantumdem debeat, nihil videtur versum. nam (vt Pomponius scribit) aduersus lucrum domini videtur subuentum. Et ideo, siue debitor fuit domino, cùm in rem verteret, nihil videri versum: siue postea debitor esse domino cœperit, desinere versum, idémque & si soluerit ei. Plus dicit, etsi tantumdem ᵃ ei donauit dominus, quantum creditori soluit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum: si verò alias donauit: durare versum.

Ad §.7. Si domini.

Subiiciuntur in hoc §. alia exempla superiori similia, in quibus id quod in rem versum est non durat versum, & ideo de in rem verso actio creditori denegatur. Primum exemplum est, si cùm seruus debitor domini iam esset ab alio pecuniam mutuatus sit, & domino soluerit. Ait enim Vlpianus dominum hactenus non vertisse quatenus debuit, id quod excedit vertisse. Proinde si cùm triginta deberet quadraginta mutuatus creditori soluerit domini sui vel familiam eius exhibuerit, non nisi in decem competere de in rem verso actionem.

RAT. DVB. Tota quadraginta in rem domini versa sunt cùm ex iis solutum sit creditori cui quadraginta debebantur, aut comparatum frumentum ex quo familia domini exhiberetur, *l.3.§.1.& §. vnde rectè dicitur supr.* Ergo per actionem de in rem verso tota quadraginta peti possunt.

DEC. Quod in rem versum est non tam versum quàm solutum intelligitur ad concurrentem vsque quantitatem illam quæ domino debebatur: semper enim dominus præuenisse & sibi priori soluisse intelligitur *l.sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea in fin.l.ex facto 52. supr. de pecul.* Fitque hæc compensatio ipso iure eius quod sibi inuicem dominus

& seruus debent, & solutionis vim obtinet. Cùm verò fiat eius quod iam debetur, & ipso iure, apparet id quod seruus domino debuit facere, vt verum sit dicere in rem domini versum nihil esse, in quo differt hic casus ab illis in quibus seruus postea cœpit debere domino, vt sequitur in hoc §. Idque est quod ex Pomponio Vlpianus hîc scribit, per actionem de in rem verso subuentum esse aduersus lucrum domini, hoc est ne lucrum captet dominus ex damno creditoris: nullum autem sentire lucrum potest domin⁹ ex eo quod in rem ipsius versum est, etiamsi non teneatur de in rẽ verso cùm seruus tantumdem ei debuit, aut cùm fit compensatio ad concurrentem vsque debiti quantitatem, quia in lucro non est debitum quod soluitur. Nec fit locupletior qui debiti solutionem accipit, cùm pro pecunia quę soluitur amittat & alienet debitorem *§. vlt. verſ. ideoque si debitor, instit. quib. alien. licet vel non.* Benè igitur infert Vlpianus si debitor seruus fuit domino, cùm pecuniam acceptam mutuam in rem domini verteret nihil videri versum, quasi compensatione debiti vtrimque ipso iure facta. Si verò posteà debitor domino esse cœperit desinere versum esse ob idque cessare actionem de in rem verso, quia non durauerit versum. Et hoc alterum exemplum est eius propositionis, quę posita est *in prin. § praced.* versum non videri quod non durat versum. Parum enim differt hic casus ab illo de quo in *d. §. praced.* cùm dominus seruo soluit, quia & soluit ille qui cõpensat, & si quo casu compensationem ipso iure fieri verum est, certè tum maximè id obtinet cùm inter dominum & seruum res est aut inter patrem & filium inter quos neque actio vlla exerceri neque exceptio locum habere potest.

a *Plus dicit, etsi tantumdem.* RAT. DVB. Longè aliud est donatio. Aliud verò debiti solutio *l. hoc iure 19. §. si quis seruo infr. de donat.* ergo si dominus tãtumdem donauerit seruo quantum pro se creditori seruus soluit, non potest videri solutum quod in rem versum fuerat, nec proinde desinit esse versum.

DEC. Multùm interest an dominus seruo donauerit remunerandi animo, an donandi. Priore casu non tam donatio quàm debiti solutio est, aut si donationem adhuc velis dicere, fatendum est esse donationem remuneratoriam, quæ nec verè donatio est, sed potiùs solutio debiti etiam quod naturaliter tantùm fuerit cõtractum non etiam ciuiliter *l. Aquilius Regulus 27. l. pen. §. 1. eod. titu. l. sed etsi lege 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* Proinde hoc casu desinit in rẽ versum esse, quia quod in rem versum fuerat solutum intelligitur, vt & in specie *l. ideoq; 10. §. vlt. inf. mãdat.* Si verò aliàs donauit dominus, id est principaliter non remunerãdi causa, vt Vlp. loquitur in *l. si verò nõ remunerãdi 12. in prin. eod. tit.* durat versum, quia mera donatio cũ liberalitatẽ merã cõtineat, solutio debiti esse nõ potest *d. l. hoc iure 19. § si quis seruo de donat.*

8 ¶ Idem quærit, si decem in rem domini vertit, & postea tantamdem summam à domino mutuatus sit, habeat præterea & peculium decem, videndum ait, vtrùm desiit esse versum: an verò, quoniam est peculium, vnde trahatur debitum, de in rem verso non tollimus actionem: an potius ex vtroque pro rata detrahimus: ego autem puto, sublatam de in rem verso actionem: cùm debitor domini sit constitutus.

Ad §. 8. Idem quærit, si decem.

RAT. DVB. Cùm seruus in rem domini decem vertit quæ mutua acceperat, & postea tantamdem summam à domino mutuatus est si prætereà decem habeat in peculio, habet vnde possit soluere, quod debet domino citra quantitatis in rem versæ compensationem, quia tantumdem detrahere ex peculio potest, nec proinde necessitas vlla subest cõpensandi debiti cum eo quod in rem versum fuit. Ergo dicendum est, non desiisse hoc casu in rem versum esse, ac proinde actionem de in rem verso superesse, nisi quis putet probabilius vt decem quæ debentur partim ex peculio, partim ex eo quod in rẽ versum fuit, detrahantur pro rata, secundum quam sententiã fiet, vt actio de in rem verso pro parte intercidat, & pro parte duret. DEC. Ex peculio non fit detractio eius quod domino debetur, nisi cùm dominus deductionis priuilegio vtitur, & sibi soluit: quod tũ demùm facere intelligitur cùm incipit de peculio conueniri *l. sed si damnum 9. § præterea in fin. supr. de pecu.* At compensatio eius quod in rem versum fuit cum eo quod seruus posteà domino debere cœperit fit ipso iure à quo instanti seruus debitor domini cõstitutus est. Priùs ergo solutio eius quod seruus domino debuit facta intelligitur ex eo quod in rẽ domini versum est, quàm ex peculio. Et consequenter quod in peculio est non impedit quominùs tacitæ cõpensationis iure id quod in rem versum fuerat solutum à domino videatur, atque ita actio de in rem verso tollatur: quæ sicuti difficiliùs inducitur quàm actio de peculio, ita & faciliùs tollitur, tanquam quæ nec adeò fauorabilis sit, nisi cùm captat dominus lucrũ ex damno creditoris, quandoquidem nõ nisi aduersus lucrum domini cõparata est, vt dicebamus in *§. praced.* Nullum autẽ domini lucrum est compensantis id quod sibi seruus debet cum eo quod à seruo in rẽ domini versum fuit ad concurrentem vsq; quantitatẽ. Neq; valde damnosa est creditori hæc sententia, qui quod per actionẽ de in rem verso consequi non poterit per actionem de peculio consequetur. Nec enim verendũ est, vt conuentus de peculio dominus iterũ detrahat ex peculio quod per compensationẽ versæ in rem suam pecunię iam sibi soluerit.

9 ¶ Idem quærit, si in rem tuam verterit, & debitor tuus factus sit, mox creditor eiusdem summæ, quam tibi debuit: an renascatur de in rem verso actio, an verò ex postfacto non conualescat. quod verum est.

Ad §. 9. Idem quærit, si in rem.

RAT. DVB. Si seruus in rem domini verterit decem quę à Titio mutua acceperat, deinde paris quantitatis

quantitatis debitor domino factus sit, mox creditor domini eiusdem summæ, videtur res in eum statum restituta, in quo erat eo tempore, quo actio de in rem verso competebat, quia compensatio fieri commodè potest earum quantitatum, quas & seruus domino, & vicissim dominus seruo posteà debere cœperit: idque videtur æquius, ne Titio sua de in rem verso actio auferatur, cùm non eò magis futurum sit vt in damno dominus moretur. Sunt enim facilè amplectendæ huiusmodi sententiæ, per quas fit vt neutra pars lædatur, *l. ex his, 8. in fi. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis, 58. in fi. solut. matrim.* Quidni ergo actio de in rem verso, quæ creditori primùm quæsita, postmodum seruo debitore domini effecto sublata videbatur, eodem facto creditore conualescet ex postfacto? Nam & dici solet, facilem esse cuiusque rei reditum ad pristinam suam naturam, *l. firmus, 27. §. pactus, ne peteret in fi. supr. de pact.*

Dec. Actio semel extincta nunquam reuiuiscit, *l. qui res, 98. §. arcam, infr. de solut. l. ob eam causam, 9. infr. de præscript. verbor.* quoniam, vt est in vulgari Philosophorum axiomate, à priuatione ad habitum non datur regressus. Atqui actio de in rem verso, quæ creditori ab initiò quæsita fuerat extincta penitus fuit compensationis & solutionis potestate, à quo instanti cœpit seruus debere domino suo tantandem summam quantam in rem domini verterat, secundùm ea quæ in præcedentibus disputauimus. Ergo quamuis idem seruus posteà rursum fiat creditor patris quantitatis, non potest eò magis conualescere & reuiuiscere. Nouum namque in rem versum renasci necesse est, vt actio de in rem verso renascatur. Quod autem dominus qui ex causa versæ in rem suã pecuniæ debitor serui sui fuerat, posteà factus eiusdem serui creditor, atq; ita liberatus rursum debitor esse cœperit, non facit vt ea quoque pecunia, quam nunc debet, in rem domini æquè versa sit, aut vt quæ priùs in rem versa fuerat, non fuerit soluta, quorum alterutrum tamen ad inducendam actionem de in rem verso necessarium esset.

10 ¶ Idem tractat, an ex euentu possit in rem patris filius vertere veluti si duo rei, pater & filius fuerint, & filius mutuatus, suo nomine soluat: vel si filio iussu patris credidisti, & filius creditum tibi soluisset. mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem peruenerat, videri in rem versum. quòd si non fuit, & suum negotium gerens filius soluit, non esse de in rem verso actionem.

Ad §. vlt. Idem tractat.

Rat. dvb. Cùm duo correi debendi fiunt, constat ambos insolidum obligari, & vnam eandémque videri omnium obligationem in solidum, *l. 2. l. 3. §. 1. & pass. infr. de duobus reis.* nec minus teneri eum ad quem pecunia non peruenit, quàm alium ad quem peruenit, *l. penult. C. eodem ill. tit. l. si non singuli, 5. C. si certum petatur,* & similiter vno soluente alium quoque liberari, *d. l. 2. & d. l. 3. §. 1.* cùm olim etiam sola electione liberarentur ante constitutionem Iustiniani in *l. vlt. C. de fideiuss.* Ergo si pater & filius correi debendi facti sint, & filiusfamilias solus mutuam pecuniam acceperit, ex eáque communi creditori soluerit, dicendum videtur in rem patris versam esse pecuniam, cum ea solutione pater ab ea summa quam in solidum debuit in solidum sit liberatus. Non adhibita distinctione illa, quam tamen Vlpianus ex Pomponio hîc adhibet, an ad patrem pecunia primi creditoris peruenerat, néene, vt priore tantùm casu solutio in rem patris versa videatur, non etiam posteriore.

Dec. Quisquis ex correis debendi totum soluit quod debetur, non pro correo: sed pro se qui solidum ipse debet soluere intelligitur, ideóque nec regressum vllum habet aduersus correum, ne quidem pro parte nisi remedium adhibeat & auxilium quod vnicum habet cedendarum actionum priusquàm soluat, *d. l. si non singuli, 5. l. si in rem, 12. C. si certum petat. l. 2. C. de duobus reis,* vbi hanc causam legendum esse, *nec soluisse,* pro eo quod vulgò legitur *exsoluisse,* iam alibi & sæpiùs docuimus, contra receptissimum interpretum omnium errorem, qui ex sola illa lege putant dandam correo aduersus correum pro virilis partis indemnitate actionem negotiorum gestorum: quod certè sicut falsissimum est, ita ex hoc maximè §. manifestè conuincitur: si enim ita ius esset vt correus qui solidum soluisset, actionem aliquam haberet aduersus correum pro virilis partis repetitione. Consequens omninò esset, vt quamuis tota pecunia ad patrem non peruenisset, sed pro parte duntaxat, nihilominus actio de in rem verso, saltem pro parte dimidiæ creditori filij dari oporteret: quia dubitari non posset, quin versa in rem patris esset pecunia pro ea saltem parte, quam pater filio restituere obligatus saltè naturaliter esset, quod tamen in hoc §. apertè negatur. Ergo quamuis per eiusmodi solutionem à filiofamilias factam liberatus pater quoque sit, non tamen potest ea res inducere actionem de in rem verso, quasi versa in rem patris pecunia, quando ea patris liberatio non nisi per necessarias iuris consequentias contigerit, & ex euentu magis quàm ex consilio, cùm id ageret filius & agere deberet, vt seipsum potiùs quàm vt patrem liberaret. Iam autem sæpiùs monuimus non attendi ea quæ fiunt per consequentias, *l. 1. l. quod dicitur, 7. infr. de author. tutor.* nec si pater in consequentiam negotij à filio gesti locupletetur, aut dominus ex pecunia seruo credita vt in specie, *l. prox. infr.* Proinde quod ex euentu pecunia versa sit in rem patris, non dabit actionem de in rem verso creditori: sed ita demùm si patris magis quàm suam rem gerens filius pecuniam mutuam acceperit, vt eam patris quoque nomine solueret, idémque iuris est in alia specie quam Vlp. hîc coniungit, si filio iussu patris pecuniam credideris, & is creditum tibi soluerit. Etsi enim hac solutione similiter liberatus est pater ab actione, quod iussu, qua tenebatur insolidum suo nomine quasi & ipse contraxisset, *leg. 1. infr. tit. prox.* filius tamen primò & principaliter id egit vt seipsum liberaret, cùm & ipse obligatus in solidum esset, non vt patrem, qui non liberatur nisi per consequentias, *l. si quis cum filiofamilias, 44. supr. de*

pecul. Suum proinde negotium gerit hoc casu filius non paternum, & in rem suam vertit, non in rem patris, nisi ponas in hac quoque specie, vt & in superiore creditâ priorē pecuniam ad patrē, aut totā, aut saltem pro parte peruenisse: quo casu æquè aut tota, aut pro parte in rem patris versa esse videbitur.

11. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

QVod seruus in hoc mutuatus fuerit, vt creditori suo solueret: non erit in rem versum, quamuis actione de peculio liberatus sit dominus.

Ad l. Quod seruus, 11.

RAT. DVB. Seruus in hoc mutuatus pecuniam, vt creditori suo peculiari solueret, si soluat, liberat dominum ab actione de peculio, *l. nec seruus, 41. supr. de pecul.* Ergo facit eum locupletiorem. Fit enim locupletior quisquis à creditore & actione aliqua liberatur, *l. si pupilli, 66. in fin. de solut. l. species, 11. de acceptilat.* ac proinde videtur in rem domini vertisse, exemplo eius quod scriptum est in §. *quare potest dici legis præcedentis*, si filiusfamilias actionem de peculio, quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso tanquam factum locupletiorem, ob id quod per defensionem filij ab actione de peculio sit liberatus.

DEC. Seruus qui creditori suo peculiari soluit, se primò ac principaliter liberat ab obligatione naturali, qua creditori suo tenebatur *d. l. nec seruus*, dominum verò non nisi per consequentias, & quasi aliud agendo, vt ex eo magis apparet, quòd etiamsi maximè id ageret seruus, vt se tantum, non etiam dominum suum liberaret, non eò minùs liberaretur dominus etiam inuito seruo, adeóque creditore, si creditoris quoque propositum illud fuisse poneres, vt ea pecunia in rem solius serui, non item domini verteretur. Non solent autem attendi quæ fiunt per consequentias, vt suprà proximè diximus, longè alia ratio est filij qui actionem de peculio, patris nomine, & quasi defensor eius suscepit. Is enim patrem solum ab actione de peculio liberat, non etiam seipsum, cùm in solidum creditori suo remaneat obligatus. Facit ergo patrem omnimodò locupletiorem, & quidem principaliter, & hoc tantùm agens, pro se verò nihil penitus ne quidem per consequentias. Non eadem in seruo tractari potest quæstio quæ in filio, in specie d. §. quare dici potest quia seruus pro domino iudicium accipere non magis potest, quàm pro alio, *l. seruus, 6. C. de iudic. l. cùm seruo, 107. de reg. iur.* Cùm vix certis ex causis permissum ei sit aduersus dominum consistere, *l. vix certis ex causis, 53. supr. de iudic. l. mulier, 22. §. non est dubitatum, infr. ad Senatusconsult. Trebellian.* Sed quæ in hac lege quæstio tractatur à Paulo de seruo, qui pecuniam mutuatus soluit creditori suo, & ita dominum ab actione de peculio liberauit, eadem æquè in filiofamilias tractari potest. Nam & filiusfamilias ex ea pecunia, quam mutuatus est soluens creditori suo æquè liberat patrem ab actione de peculio, nec tamen in rem patris vertere pecuniam intelligitur: quia se primùm ac principaliter liberat, patrem verò non nisi per consequentias. Non ergo separanda est, hac parte, causa filij à causa serui, sed liberatio, quæ fit per solutionem creditori peculiari factam ab ea liberatione, quæ patri contingit suscepta per filium quasi defensorem patris actione de peculio.

12. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI fundum patri, dominóve emit seruus, vel filiusfamilias: versum quidem esse videtur. ita tamen: vt, siue minoris sit, quàm est emptus, tantùm videatur in rem versum, quanti dignus sit, siue pluris sit, non plus videatur in rem versum, quàm emptus est.

Ad l. si fundum, 12.

RAT. DVB. ET DECID. Ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad *l. si res, 5. supr. hoc tit.* vbi eadem ferè sententia proponitur, si rem aliquam seruus emerit pluris quàm quanti re vera sit in rem domini versum esse quantum illud est, quod verum rei precium faciat, id est, vt in hac lege Caius scribit non quanti empta: sed quanti digna res est. Sed adhibita tamen distinctione si rem illam seruus emerit quasi necessariam, cùm non esset: Nam si necessariam rem emisset, totum rei precium formale quantum conuentum & solutum fuisset in rem versum diceretur. Secundùm quam distinctionem Caium quoque in hac lege intelligi debere dubitandum non est. Semper enim minùs plenæ leges, ex plenioribus, & amplioribus interpretationem accipere debent. Sed hîc apud Caium vicissim hoc ampliùs est, quòd ille addit, & Vlpianus supradicto loco prætermisit, si pluris fundus sit quem seruus vel filiusfamilias patri aut domino emit, quàm quanti emptus est, non plus tamen videri in rem versum, quàm emptus est. In quo illa dubitandi ratio occurrit, quòd negari non possit quin dominus aut pater ex hac emptione tanto locupletior factus sit quanti re vera fundus est. Actio autem de in rem verso respicere solet lucrum, quod peruenit ad patrem vel ad dominum, cùm aduersus lucrum patris vel domini comparata sit, vt diximus in *l. si pro patre, 10. §. si domini supr.* Sed decidendi ratio est apertissima: quia non plus ex pecunia creditoris in rem patris vel domini versum dici possit quàm quanta fuit ea pecunia quæ creditori abest. Ea verò duntaxat quantitas ei abest, quam filiofamilias, vel seruo numerauit, nec quicquam ampliùs. Quod autem in precio fundi empti ampliùs est, quàm in quantitate pecuniæ creditæ non à creditore ad patrem vel ad dominum, sed à venditore

ditore peruenit. Non igitur prodesse debet creditori agenti de in rem verso, quæ actio licèt comparata dicatur aduersus lucrum domini, non tamen ita id intelligi debet, vt omne lucrum patri vel domino auferre debeat vndecunque prouenerit: sed sic potiùs ne lucrum vllum ex damno agentis creditoris penes patrem vel dominum manere patiatur. In proposito autem quicquid lucri penes patrem vel dominum manet; ob id, quod res empta pluris est, quàm quanti empta sit ex damno solius venditoris est, non etiam creditoris.

13. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI in rem alterius ex dominis versum sit: vtrùm is solus, in cuius rem versum est, an & socius possit conueniri, quæritur? & Iulianus scribit, eum solum conueniri, in cuius rem versum est, sicuti cùm solus iussit: quam sententiam puto veram.

Ad l. si in rem, 13.

RAT. DVB. Iniquum est in plures aduersarios distringi creditorem, qui cum vno contraxerit, *l. & ancillarum, 27. §. vltim. supr. de pecul.* nec habere illum electionem, cum quo ex dominis malit agere non minùs in actione de in rem verso, quàm in actione de peculio, secundùm Iuliani quoque sententiam ab eodem Vlpiano nostro relatam in *leg. si ex duobus, 32. eodem.* Ergo quoties plures domini sunt vnius & eiusdem serui, licèt non nisi in alterius ex dominis rem versum sit: dicendum tamen est alium quoque posse conueniri, de in rem verso, & quidem in solidum, præsertim si socij proponantur quomodo in *hac lege & seq.* etiam de sociis agitur. Societas enim facit, vt quod in vnius rem versum est, in rem quoque alterius versum esse intelligatur, propter communionem illam bonorum omnium quæ per societatem inducitur, *l. si noxali, 11. §. vlt. & legibus sequentibus supr. de pecul. iunct. l. 1. §. 1. & l. 2. infr. pro socio.*

DEC. Distinguenda est hac parte actio de peculio ab actione de in rem verso. Actio de peculio datur in solidum contra vnumquemque ex dominis, & quem velit creditor eligere. Ne, vt diximus, in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum vno contraxerit, quique vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium vbicunque, & vndecunque esset intuitus ac secutus est, *d. l. si ex duobus, 32. in fine principij, iunct. l. hinc quæritur, 19. §. 1. eodem.* At actione de in rem verso non alius teneri potest, quàm is in cuius rem versum est, quia is qui de in rem verso agere vult, non tam intueri debet peculium serui, quàm curiosus esse, in quam & in cuius rem pecunia vertatur, *l. 3. §. sed si sic accepit, supr. hoc tit.* Proinde si id egerit, & seruum id agere viderit, vt in vnius duntaxat ex dominis rem pecunia verteretur, nihil causæ est cur actionem de in rem verso sibi dari postulet aduersus alium, in cuius rem versum nihil est, sufficitque vt saluam habeat & integram actionem de peculio. Nec quod in rem vnius ex dominis pecunia versa sit, bona consecutio est, vt in rem alterius quoque domini versa videri debeat, quamuis socij sint, nisi ponas contractam inter eos fuisse societatem vniuersorum bonorum, quod neque ponit hæc lex, neque ponendum est: sed habuisse tantùm illos indiuisam communionem in hoc seruo, ita vt, ad hanc societatem non consensus: sed res eos coniunxerit, quomodo loquitur Paulus in *l. heredes, 25. §. non tantùm, 16. supr. familiæ erciscundæ.* Vnde & hîc & alibi sæpè socij appellantur. Adfert autem Vlpianus ex Iuliano simile accommodatissimum, si vnus ex duobus sociis iusserit cum seruo contrahi, alius non iusserit. Is enim solus tenebitur qui iussit, non etiam ille qui non iussit, *l. vlt. §. 1. infr. tit. prox.* quia ille qui cum seruo iussu vnius ex dominis contrahit personam duntaxat iubentis intuetur non personam eius qui non iubet: nec, quod illi sint socij facit, vt is quoque qui non iussit, iussisse videatur. In eoque similior est actio de in rem verso actioni, quod iussu quàm actioni de peculio.

14. IVLIANVS libro 14. Digestorum Marcellus notat.

INterdum & propter hoc: quod in rem alterius socij versum est: de in verso cum altero agi potest, qui conuentus, à socio petere potest id, in quo damnatus fuerit, quid enim dicemus si peculium seruo ab altero ademptum fuerit? Paulus: ergo hæc quæstio ita procedit, si de peculio agi potest.

Ad l. Interdum, 14.

Quod Vlpianus in lege præcedente scripserat ex Iuliano si plures sint domini eiusdem serui eum solum de in rem verso conueniri posse, in cuius rem versum est; non etiam alium in cuius vtilitatem nihil versum est, Marcellus in suis ad Iulianum notis, in hac lege docet regulare quidem id esse, sed non perpetuum. Aliquando enim contingere, vt propter hoc, quod in rem alterius socij versum est, de in rem verso cum alio agi possit, si modò is qui conuentus erit posteà repetere à socio possit id, in quo damnatus fuerit. Quid enim dicemus, inquit Iulianus, si peculium seruo ab altero ademptum fuerit?

RAT. DVB. Quod ab vno ex sociis peculium seruo ademptum sit, non debet socium onerare: quia nec facere ademptio potest, vt in eius rem versum aliquid sit, qui nullum ex contractu lucrum sentiat: quæ tamen tota huius actionis indu-

cendæ & concedendæ ratio est, cùm non nisi aduersus lucrum domini sit comparata, *leg. si pro patre*, 10. §. *si domini supr.* An verò alter socius lucratur aliquid ob id quod alius, in cuius rem pecunia versa erat, peculium seruo communi ademerit. Ergo ademptio peculij, quamuis faciat, vt de peculio agi ampliùs non possit, si modò bona fide facta sit & sine dolo malo, *l.* 1. §. 1. *supr. l. summa cum ratione*, 21. *& l.* 4. *supr. de peculio.* Inducere tamen actionem de in rem verso non potest, non magis quàm facere, vt quod in vnius duntaxat rem versum est, in rem quoque alterius versum sit.

DEC. Ex contractu serui communis certum est conueniri posse vnumquemque ex dominis actione de peculio etiam pro ea parte peculij, quæ apud alium est, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit, *l.* 2. *supr. de exercit. act.* quique vniuersum peculium vbicunque, & vndecunque esset tanquam patrimonium serui intuitus est, *l. hinc quæritur*, 19. §. 1. *l. si ex duobus*, 32. *in fine principij de pecul.* Atqui cùm quis peculium ademit sine dolo malo fieri nullo modo potest, vt de peculio conueniatur, quia vbi peculiũ nullũ est ne quidẽ rei iudicandæ tempore, ibi nec de peculio actio esse potest, *l. quæsitum*, 30. *eod. l. seruus tuus*, 20. *supr. de dolo.* Ponimus autem totum peculium nõ penes eum fuisse, qui ademit, ita vt contra alium, qui non ademit & de in rem verso & de peculio agi possit. Necesse igitur est vt in locum & vicem actionis de peculio substituatur actio de in rem verso, contra eum qui ademit peculium: quia verum est in rem saltem vnius versum esse, nec electionem adimi creditori debere, contra quem velit agere: dum ne tamen plus consequatur actione de in rem verso, ab eo qui ademit peculium, quàm in fuerat ille præstaturus ex persona socij actione de peculio, si peculium non ademisset. Sic enim hæc Marcelli nota omnino accipienda est. Idque est quod ad Iulianum Paulus notat hanc quæstionem ita procedere, id est, non aliter quàm si de peculio agi non possit. Sed illud tamen præterea Marcellus requirit vt socius, qui ex persona socij de in rem verso conuenietur, possit à socio in cuius rem versum fuit petere id, in quo damnatus eius nomine fuerit. Nam si vel nihil vel minùs à socio consecuturus sit æquum non est vt socij nomine plus præstet quàm repetere ab eo possit, *l. quare*, 28. *iunct. §. vlt. legis præced. de pecul.* vbi vide quæ diximus, Sed potissimùm ne hîc longiores simus, videnda sunt quæ ad hanc legem ex professo scripsimus & ad *l. quis ergo*, 16. *supr. de pecul. lib.* 1. *Coniectur. iur. ciuil. c.* 9. Est enim quæstio per se difficilis & ab Accursio, cæterisque interpretibus malè percepta.

15. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI filiusfamilias constituerit, quod pater debuit: videndum est, an de in rem verso actio dari debeat, atqui non liberauit patrem. nam qui constituit, se quidem obligat, patrem verò non liberat. planè si soluat post constitutum[a] licèt pro se videatur soluisse (hoc est ob id, quod constituit,) in rem tamen vertisse patris meritò dicetur.

Ad l. si filiusfamilias 15.

RAT. DVB. ET DECID. eadem est ad hanc legem, quæ ad *l. si pro patre*, 10. *in princip. supr.* Est enim vtriusque loci eadem quæstio, licèt non eadem omnino species. Ibi agitur de filiofam. qui pro patre primùm fideiussit, deinde soluit. Hic verò de filiofa. qui constituit se soluturũ quod pater debuit. Constitutor fideiussor non est. Fideiussor enim per stipulationẽ tãtùm obligatur, *l. blanditus*, 12. *C. de fideiuss.* Cõstitutor autẽ etiam per nudum pactum, *l.* 1. *& pass. sup. de pecun. constitut.* §. *de constituta Institut. de action.* Fideiussor non nisi iure ciuili obligatur. Constitutor autem iure honorario, *d.* §. *de constituta.* Fideiussor nunquam nisi pro alio obligatur. Constitutor autem etiam pro se ipso, *l. heres à debitore*, 21. *infr. de fideiuss. d. l.* 1. §. *vlt. & legib. seqq. de pecun. constit.* Fideiussor denique ad aliud se obligare non potest quàm quod reus principalis debet, *l. Græcè*, 8. §. *illud de fideiussor.* At constitui aliud pro alio potest, sicut & aliud pro alio solui, *d. l.* 1. § *an potest.* Propiùs enim ad solutionem accedit constitutum quàm fideiussio, adeò vt loco eius cui iam solutum est haberi debeat is, cui constituitur, *l. idem est*, 10. *eod. tit.* Sed quanquam inter cõstitutorẽ & fideiussorem pleræque sunt differentię. In multis tamen conueniunt, sed in eo maximè quod eorum obligatio accessoria est, & exigit necessariò aliquam principalem obligationem cui possit accedere, adeò vt neuter obligari possit duriùs quàm principalis debitor, quod accessionibus omnibus commune est, *d.* §. *illud*, possit tamen efficaciùs. Sufficit enim vel naturale debitum præcedere quod peti non poterat, *d. l.* 1. §. *debitum, de pecun. constit. l.* 1. *l. stipulatus*, 6. §. *adhiberi, l. fideiussor*, 16. §. *fideiussor, de fideiussor.* Ita fit, vt neque fideiussor fideiubendo liberet debitorem, neque constitutor constituendo, sed tantùm soluendo, *l. vbi quis*, 28. *supr. de pecun. constitut. l. Lucius*, 38. §. 1. *infr. mandat. l. fideiussor*, 45. *de fideiuss.* vbi adddita negatione legendum omnino est *agere non posse.* In proposita igitur specie illud pro filiofamilias faciebat, vt etiam priusquàm soluerit actionem de in rem verso, habere deberet [suppositis nimirum terminis habilibus, aut contra patrem, si postea emancipatus filius fuisset, aut contra heredes patris, si prior pater aliis heredibus relictis decessisset] quod is constituitur habendus est pro eo cui solutum sit *d. l. idem est*, 10. *de pecun. constit.* Sed decidendi ratio in contrarium est: quia constituendo non liberauit patrem. Qui enim constituit se quidem obligat: sed eum tamen, pro quo constituit non liberat. In quo differt ab expromissore, qui quod alius debet promittit per stipulationem animo nouandi interpositam se soluturum. Itaque omni casu expromissor tenetur etiam post depositum officium, cuius contemplatione expromisit, non etiam constitutor, *leg.* 3. §. *in eum de administrat. rerum ad ciuitatem pertinen.* Ergo non ex solo constituto nasci potest actio de in rem verso.

a *Planè si soluat post constitutum.* RAT. DVBIT. Qui post constitutum soluit pro se soluisse videtur & suo nomine, id est, ob id quod ipse constituit potiùs quàm pro patre. Ergò nec liberare, patrem videtur

videtur, nec proinde in rē patris vertere. Quisquis.n. suo nō alieno nomine soluit, nunquam aliū liberat, *l. si quid possessor, 31. sup. de her. pet. l. Papinian*⁹, 28. *infr. mand.*

Dec. Non tam proxima & immediata causa solutionis inspicienda est, quæ ex constituto proficiscitur, quàm causa constituti aut fideiussionis & origo contractus, *l. tutor datus*, 69. *de fideiussor. l. qui id quod*, 33. *in princ. de donatio.* Atqui pro patre filius constituit, non pro seipso. Ergo in rem patris eam pecuniam, quam soluit, & quæ ad patrem peruenit, vertisse dicendus est, vt in *d. l. si pro patre in princip. & §. vlt. supr.*

16. Alphenvs libro 2. Digestorum.

QVidam fundum colendum seruo suo locauit, boues ei dederat. cùm hi boues non essent idonei iusserat eos venire, & his nummis, qui recepti essent, alios reparari. seruus boues vendiderat: alios redemerat: nummos venditori non soluerat, postea conturbauerat. qui boues vendiderat, nummos à domino petebat actione de peculio, aut quod in rem domini versum esset: cùm boues, pro quibus pecunia peteretur, penes dominum essent. respondit, non videri peculij quicquam esse, nisi si quid, deducto eo quod seruus domino debuisset. reliquum fieret, illud sibi videri, boues quidem in rem domini versos esse: sed pro ea re soluisse tantum, quanti priores boues venissent: si quo amplioris pecuniæ posteriores boues essent, eius oportere dominum condemnari.

Ad l. Quidam fundum, 16.

Rat. dvb. Negari non potest quin boues, quos seruus emerat, & pro quibus à venditore pecunia petebatur, facti essent peculij, nec rursus quin versi essent in rem domini, cùm eos dominus adhuc penes se haberet. Ergo nec dubitandum est, quin actione de peculio peti precium eorum possit, vel etiam prout creditor elegerit actione de in rem verso.

Dec. Peculij nihil esse potest, nisi quod superest, & reliquum est deducto eo quod domino debetur, vt apparet ex diffinitione peculij posita in *l. depositi*, 5. §. 1. *supr. de pecul.* Atqui in proposita specie seruus qui priores boues minùs idoneos iussu domini vendiderat, eorum precium acceperat, atque ita debitor eorum precij factus fuerat. Ergo si non plus in peculio esset quàm quantum precium illud faceret actio de peculio posteriori venditori competere nulla poterat. Rursus nec de in rem verso, quia licèt boues posteriore loco venditi in rem domini versi essent. Pro iis tamen dominus tantùm soluisset, quanti priores boues fuissent, vnde fiebat, vt nec ab initio in rem domini versum quicquam dici posset, cùm iam antea seruus debitor domini constitutus fuisset secundùm ea quæ diximus ad *l. si pro patre*, 10. §. *si domini supr.* Consequens igitur est vt non aliter possit venditori actio aliqua competere quàm si posteriores boues amplioris pecuniæ & precij essent quàm ex pecunia precio redactum fuisset. Superfluum igitur duntaxat illud petetur, vtraque actione de peculio, & de in rem verso, vtram venditor elegerit: sed stultus fuerit si non eligat potiùs actionem de in rem verso, cùm paratam habeat versæ pecuniæ in rem domini, penes quem posteriores boues adhuc esse ponimus. Atque ita non minùs eleganter quàm subtiliter Alfenus Varus hîc respondit.

17. Africanvs libro 8. Quæstionum.

SEruus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit. nihilominùs posse cum domino de in rem verso agi, existimauit: nam etsi procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderat: rectè eum, hoc nomine, mandati, vel negotiorum gestorum acturum.

Ad l. Seruus, 17.

Rat. dvb. Quod seruus in rem domini pecuniam mutuatus eam sine culpa sua perdidit, facit duntaxat vt nihil ei imputari possit. Sed non efficit vt eò magis in rem domini versum quicquam esse videatur. Quomodo enim verti potuit in rem domini pecunia, quæ perdita fuerit. Ergo de in rem verso, cum domino agi hoc casu non potest.

Dec. Quod neque seruo, neque ei qui bona fide in rem domini credidit imputari aliquid potest, facere debet, ne possit æquum videri, vt creditor in damno maneat. Nam si nemini officium suum siue publicum, siue priuatum damnosum esse debet, *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. videlicet*, 29. *supr. ex quibus causis maior.* Quanto esset iniquius, vt ex beneficio suo damnum sentiet is, qui vltrò pecuniam suam seruo credidisset, ad bene gerenda negotia domini, & in rem quam sciuit domino vel necessariam prorsus vel saltem vtilem? Non enim ex euentu hæc diiudicanda sunt, sed potissimùm ex consilio, quoties creditor

eum curam & diligentiam adhibuit, quam debuit, vt in rem domini pecunia verteretur, *leg. 3. §. vnde rectè dicitur & sequentibus, & §. vltim. in fin. supr. hoc tit.* Nam & ex eadem æquitate fluxit actio negotiorum gestorum, quæ nec ei denegatur, qui pecuniam ab aliquo mutuatus, & eam in negotia mea vtiliter mox impensurus eam sine culpa sua perdiderit, vt neque procuratori actio mandati ex eadem causa denegaretur. Est enim regulariter bona comparatio procuratoris, negotiorum gestoris, & creditoris acturi de in rem verso, *l. 3. §. & regulariter, & §. sed si mutua, supr. iunct. l. si pupilli, 6. §. 1. l. liberto, 31. in princ. supr. de negot. gest.*

1 ¶ Cum Sticho vicario serui tui Pamphili contraxi. actio de peculio, & in rem verso, ita dari debet, vt quod vel in tuam ipsius rem, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur: scilicet etiam si mortuo, vel alienato Sticho, agatur [a] quod si, Pamphilo mortuo, agam [b] magis est, vt, quamuis Stichus viuat: tamen de eo, quod in peculio Pamphili versum est, non nisi intra annum, quàm is decessit, actio dari debeat. etenim quodammodo de peculio Pamphili tum experiri videbor. sicuti si quod iussu eius credidissem, experirer. Nec nos mouere debet, quod Stichus de cuius peculio agitur, viuat: quando non aliter ea res in peculio eius esse potest, quàm si Pamphili peculium maneat. Eadem ratio efficiet [c] vt id, quod in peculio Pamphili versum sit, ita præstari debere dicamus, vt priùs eius, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat. quod verò in tuam rem versum fuerit, præstetur etiam non deducto eo, quod Pamphilus tibi debet.

Ad §. 1. Cum Sticho.

RAT. DVB. Actio de in rem verso non datur, nisi de eo quod versum est in rem patris vel domini, *l. 1. in princ. l. si res, 5. §. quod seruus, supr. hoc tit.* Ergo si cum Sticho seruo vicario tui Pamphili contraxerim, & tecum agam de peculio & de in rem verso, id duntaxat in actione de in rem verso comprehendendũ erit, quod in rem tuam versum fuerit, non etiam quod in rem Pamphili, cùm Pamphili peculiũ quasi proprium ipsius patrimonium intelligi debeat à tuo separatum, *l. depositi, 5. §. vlt. l. si seruus, 17. supr. de pecul.*

DEC. Quod à Sticho vicario Pamphili versum est in peculium Pamphili in rem quoque domini versum esse intelligitur: quia quanto locupletius est Pamphili peculium, tanto locupletior dominus per Pamphilum factus esse creditur. Cùm peculij cuiuslibet accessio & decessio non alterius tandem quàm ipsius domini lucro vel damno cedat. Sed tamen non ita Africanus intelligendus est, quasi id quod ex pecunia Sticho credita versum est in rem Pamphili petendum sit per actionem de in rem verso, sed vt petendum sit per actionem de peculio, & quidem Pamphili non Stichi, vt sequentia huius §. demonstrant.

a *Scilicet etiamsi mortuo vel alienato Sticho agatur.* RAT. DVB. Mortuo vel alienato seruo, cum quo contractum fuit non nisi intra annum dari actio de peculio contra dominum solet, *l. 1. & tot. tit. prox. supr.* Atqui ponimus contractum fuisse non cum Pamphilo, sed cum Sticho vicario Pamphili. Stichum autem mortuum fuisse vel alienatum, licèt Pamphilus adhuc viuat, nec alienatus sit. Ergo non nisi intra annum de peculio agere possum contra dominum. Sic enim locus hic intelligendus est, id est, de actione de peculio, vt proximè diximus, nõ de in rẽ verso, quæ perpetua sẽper est, nec anno finitur, *d. l. 1. §. 1. l. si pro patre, 10. §. quare potest dici sup. hoc ti.* Nã & præcedẽtia verba sunt de actione de peculio, non minùs quàm de in rem verso, cùm sic Africanus scribit, *actio de peculio & in rem verso ita dari debet.*

DEC. Actio de peculio licèt detur hoc casu ex contractu Stichi, videtur tamen dari de peculio non Stichi, sed Pamphili, cùm in rem & peculium Pamphili versa pecunia sit. Pamphilus autem nec mortuus nec alienatus est. Ergo non tantùm de in rem verso actio, sed etiam de peculio hoc casu perpetua esse debet, non annalis, quamuis mortuus Stichus vel alienatus fuerit.

b *Quòd si Pamphilo mortuo agam.* RAT. DVB. Quamuis mortuus sit Pamphilus, actio tamen de peculio datur ex contractu & persona Stichi, qui fuit vicarius Pamphili: & quem Stichum ponimus adhuc viuere, nec alienatum esse. Ergo perpetua hoc quoque casu debet esse actio de peculio, non annalis. DEC. Non tam de Stichi quàm de Pamphili peculio agere hoc casu videor, licèt agam ex contractu Stichi: quia in peculium Pamphili versa pecunia est. Atqui actio de peculio illius, qui vel mortuus vel alienatus est, non nisi annalis esse potest, quæ summo iure omnino sublata & extincta esse deberet, *d. l. 1. §. meritò supr. titu. prox.* Ergo cùm ponamus mortuum Pamphilum, actio de peculio non nisi intra annum posteaquam decessit Pamphilus dari debebit. Itaque quod hîc Africanus scribit, *Etenim quodãmodo de pecul. Pãphili tũ experiri videbor,* nõ ad hunc posteriorẽ casum restringendũ est, quo decesserit Pãphilus, sed extendendum ad illum quoq;, de quo priùs dictũ est, quo Stichus mortuus vel alienatus sit, viuo adhuc Pãphilo. Vtroq. n. casu de peculio Pãphili, nõ de peculio Stichi experiri videor. Sed articulus *tũ*, qui solus dubitationẽ facit, referẽdus est ad eũ casum, quo pecunia Sticho credita in Pãphili peculiũ versa sit. Id. n. necessarium prorsus est vt verum esse possit, videri me de Pamphili peculio experiri siue Sticho siue Pamphilo alienato vel mortuo experiar. Alioqui de Stichi tãtùm nõ de Pãphili peculio experiri videbor siue Sticho siue Pamphilo mortuo experiar, & cõtrà q̃ in huius legis specie Africanus responderit, priore casu, id est mortuo vel alienato Sticho, erit actio de peculio annalis non perpetua; mortuo autem vel alienato Pamphilo, nihilominùs erit perpetua, non annalis. Idque ita esse, vt dicimus, id est, vt vtroque casu siue Sticho, siue Pãphilo mortuo, de peculio Pamphili expe-

experiri videat, ex eo apparet, qđ Africanus subiicit, *sicut si quid iussu eius credidissem experirer.* Comparatur enim ille qui iubet cum eo in cuius rem versum est, quasi vterque contraxisse ipse videatur *l. 1. in princip. supr. l. 1. infr. tit. prox.* Quemadmodum igitur si iussu Pamphili cum Sticho contraxissem, quamuis non possem experiri cum Pamphilo actione quod iussu, quia cum seruo nulla actio est, haberem tamen peculium Pamphili obligatum ob iussum ipsius, & tecum experiri possem ob iussum illud de peculio Pāphili, tametsi reuera contractum esset cum Sticho, quia & cum Pamphilo contraxisse viderer. Ita & cū pecunia Sticho credita in Pamphili peculium versa est, possum ob id quod in peculium & rē Pamphili versum est agere tecum de peculio Pamphili si malim de illo quàm de peculio Stichi agere tanquam locupletiore. Sed hæc electio mihi conseruanda est quandiu ambo viuunt Stichus & Pamphilus, quia vtriusque viuentis peculium aliquod est, & alterum ab altero separatum. Sed si Pamphilus mortuus sit de solo Pamphili peculio agi potest, & quidem intra annum duntaxat, de peculio autem Stichi nullo modo, quamuis adhuc viuat, vt subiicit Africanus in *vers. nec nos mouere debet.*

RAT. DVB. Peculium non moritur nisi ademptione, vel morte, vel alienatione, aut manumissione serui *l. peculium nascitur 40. supr. de pecul. l. 1. supr. titu. prox.* Ergo nec actio de peculio cùm quamdiu peculium subsistit, tamdiu actionem quoq; de peculio subsistere necesse sit. Proinde quādiu Stichus viuit, licèt Pamphilus decesserit, actio tamen de peculio Stichi intercidere non potest. DEC. Peculium vicarij pēdet à peculio serui ordinarij, quia sicut seruus vicarius in peculio est ordinarij, ita & peculium eius *l. si seruus 17. supr. de pecul.* ergo extincto peculio Pamphili, quod per ipsius mortem contingit peculium quoq; Stichi extingui necesse est, & cōsequenter pecunia Sticho credita nō aliter in eius peculio esse potest, vt eo nomine de peculio Stichi contra te agere possim, quā si peculiū Pāphili maneat: nō manet autem eo mortuo, nisi quod beneficio Prætoris per annum adhuc viuere creditur. Idem est si Pamphilus non mortuus sit, sed alienatus. Eadem enim hoc casu mortis & alienationis serui ratio est, vt verba illa Africani probant *scilicet etiamsi mortuo, vel alienato Sticho agatur.* Cur ergo inquies loquens Africanus de Pamphilo scripsit *quòd si Pamphilo mortuo agā*, nec adiecit *vel alienato?* Puto, quia Pāphilo alienato distinguendum esset an alienatus esset cum peculio an sine peculio, & an cum vicario Sticho necne, vt sciretur quis de peculio Stichi etiam intra annum aut post annum teneri deberet, *l. si ex duobus 32. §. vlt. supr. de pecul.* quæ distinctio in Stichum alienatum nō cadit quem non ponimus vicarium illum habuisse, sed & alienādi vicarij potestatem habet ordinarius, si liberam habeat peculij administrationem *l. si conuenerit 18. §. vlt. sup. de pigno. act.*

c *Eadem ratio efficiet.* RAT. DVB. Hæc actio siue de peculio, siue de in rem verso ita dari debet, vt quod in rem Pamphili non minùs quàm quod in rē tuam versum est comprehendat, vt initio huius §. Africanus scribit. Nō igitur vno casu magis quàm alio deductio fieri debet eius quod Pamphilus tibi debuit. DEC. Quod in peculium Pāphili versum est, non nisi cum suo onere videri potest versum in rem domini, ac proinde oneris, si quod est, deductio fieri debet. Atqui peculium Pamphili nō potest intelligi nisi deducto eo quod Pamphilus domino debuit: ea namque peculij diffinitio est, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. depositi 5. in fin. & pass. supr. de pec.* quod autem Pamphilus debuit Sticho vicario & conseruo suo, id proculdubio debuit domino *l. sed si damnum 9. §. huic definitioni eod.* ergo in actione de peculio Pamphili id ex eo peculio deducendum est. Nec est contrarium quod Vlpianus scribit in *l. si seruus 17. eod. tit.* Id quod vicario suo debet seruus ordinarius, non esse de peculio serui ordinarij deducendum, quia peculium vicarij in peculio ordinarij est. Subiecta enim ratio illa ostendit tùm verè id dici cū peculiū vtriusque manet, & ordinarij & vicarij, non autem cùm vtrumque extinctum est morte ordinarij, vt in *specie huius §.* Nam & cùm seruus ordinarius vicario suo aliquid debere incipit, augetur hoc ipso peculium vicarij, quemadmodum si dominus seruo suo debeat, vt scriptum est in *d. l. si seruus in fin.* quod igitur seruus ordinarius vicario seruo debuit, hoc ipsum, vt extincto vtriusque peculio per mortem ordinarij, vt debeatur domino, & ex peculio ordinarij deducatur, necesse est. At quod in rem tuam versum est, id actione de in rem verso pręstare mihi omnimodo debes, id est etiam non deducto eo quod Pamphilus tibi debuit, nempe quia in actione de in rem verso nihil est quod deduci debeat, id est, ne id quidem quod seruus qui in rem vertit, domino debuit, quia is qui conuenitur de in rem verso, conuęnitur eo colore quasi ipse contraxerit *d. l. 1. supr.* non autem ex persona serui, quomodo in actione de peculio *l. nec seruus 41. sup. de pec.* & hæc totius legis huius alioquin subtilissimæ & satis obscuræ sententia est, ex qua intelligimus id quod initio huius §. scriptum est, si cum Sticho vicario Pamphili serui tui contraxerim actionē de in rē verso ita dari mihi debere, vt quod vel in tuam ipsius rē, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur, non sic accipiendum esse, vt propter id quod in peculium Pamphili versum est agere contra te possim de in rem verso: alioqui non finiretur anno ea actio, ne quidem mortuo Pamphilo, quoniam actio de in rem verso semper perpetua est, sed ita vt ob id quod in peculium Pamphili versum est agere contra te debeam de peculio Pamphili, de in rem verso autem de eo quod in rem tuam versum est, itémque si malim de peculio: nam quisquis agere potest de in rem verso, agere potest etiam de peculio, quamuis non contra *§. preterea & seq. Inst. quod cum eo qui in alien. potest. l. filiusfamilias 19. in fin. infr.*

18. NERATIVS libro 2. Membranarum.

QVamuis in eam rem pro seruo meo fideiusseris, quæ ita cōtracta est, vt in rē meam versaretur: veluti si cùm seruus frumentū emisset, quo familia aleretur, vēditori frumenti fideiusseris: propiùs est tamen, vt de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis. vt vnius dumtaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit, quod in rem domini versum est.

Ad l. Quamuis 18.

RAT. DVB. Cùm in eam rem pro seruo meo fideiussisti, quæ ita contracta erat, vt in rem meam

verteretur, veluti si cùm seruus meus frumentum emisset, quo familia aleretur, creditori frumenti fideiusseris, dubitandum non est quin tenear tibi de in rem verso etiam priùs quàm ex eo frumento familiam meam aluerim *l.3. §. vnde rectè dicitur suprà*, vbi ait Vlpianus actionem hanc sibi competere, etiamsi frumentum postea corruptum sit, vel arserit antequam familia ex eo aleretur, at nec illud negari potest quin etiam de in rem verso teneri debeam ei qui frumentum vendidit, & familiæ meæ diuisit. Duobus ergo ex eadem causa teneri me de in rem verso necesse est: nec proinde verum est quod Neratius in hac lege contrà scribit. Vnius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso esse actionem, & quidem eius qui idipsum credidit, quod in rem meam versum est proximè ac immediatè, id est, eius qui frumentũ vendidit, non tuam qui pro me apud frumenti venditorem fideiussisti: nam imò verò si non potior & fauorabilior, saltem æquè fauorabilis: causa tua esse debet cùm prior in rem meam verteris fideiubendo. Atque ita Vlpianus contra Neratium concludit in *d. l.3. §. vltim. supr.* Cuius sententiam Caius probat in *l.4.* sed cum hoc temperamento, vt occupantis melior condicio esse debeat, quia vtrisque condemnati me de in rem verso iniquum esset: dissenserunt ergo in hac quæstione prudenter veteres, & alia Neratij, alia Vlpiani sententia fuit: dissentiendi verò causa vtrimque probabilis, vt pluribus à nobis tractatum est ad *dict. l.3. §. vltim. & d. l. 4.* neque alia enarratione & explicatione hæc lex indiget.

19. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

FIliusfamilias togam emit. mortuo deinde eo, pater ignorans, & putans suam esse, dedicauit eam in funus eius. Neratius libro Responsorum ait, in rem patris versum videri. in actione autem de peculio, quod in rerum natura esset, vno modo æstimari debere, si dolo malo eius, quo cum agatur, factum esset, atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est, non nunc, quo funerabitur, sed quo tempore emit. funus enim filij, æs alienum patris est. & hoc Neratius quoque, qui de in rem verso, patrem teneri putauit, ostendit, negotium hoc (id est, sepulturam, & funus filij) patris esse æs alienum, non filij, factus est ergo debitor peculij, quamuis res non exstet, vt etiam de peculio possit conueniri: in quam actionem venit, & quod in rem versum est, quæ tamen adiectio tunc necessaria esset, cùm annus post mortem filij excessit.

Ad l. Filiusfamilias 19.

Refertur à Paulo in hac quoque lege alia eiusdẽ Neratij sententia, & reprehenditur circa actionem de peculio in eleganti specie, in qua dabat Neratius contra patrem actionem de in rem verso quasi non posset locum habere actio de peculio, cùm tamen concludat Paulus posse actionem de peculio sufficere, neque necessariam esse de in rem verso, nisi cùm annus præterit aut aliter finita est actio de peculio. Quæstio est de filiofamilias qui togam emerat ex pecunia creditoris, quam togam pater ignorãs & putans suam esse in funus filij dedicauerat. Neratius putabat in rem patris versum videri. Ob id solùm quod dedicata esset in funus filij, vt & cętera omnia impensa in funus quod ad patris onus pertinet *l. & ideò 7. §. illud planè supr. l. funeris. 7. sup. de religios. & sumpt. funer.* Funus autem filij fit æs alienum patris, non filij *l. in patrem 21. l. quòd si nulla 28. supr. eod. titul.* nisi cùm filiusfamilias castrense peculium habuit, aut quasi castrense *l. si filiusfamilias 31. eo. tit.* Cæterùm ob id quod togam filius emisset non putabat conueniri patrem posse, ne quidem de peculio. Ratione illa quod toga in rerũ natura esse desiisset, quod autem in rerum natura non est, vno tantùm modo, vnoque casu æstimari possit, viderique esse in peculio, scilicet si dolo malo eius, quo cum agatur factũ sit, vt in rerum natura esse desierit, *l. sed si damnum 9. §. præterea, l. summa cum ratione 21. supr. de pecul.* In proposito autem nihil tale dici potest de patre qui non dolo malo, sed ignorans & putans togam suam esse eam in funus filij dedicauit. Atque hæc ad Paulum pro Neratio dubitandi ratio est. Paulus verò in hac Neratij sententia duo reprehendit. Primum illud, quod putabat Neratius versam esse togam hãc in rem patris tunc tantùm cùm filius funeraretur, non etiam tùm cùm toga emeretur. Quid enim si pater filio togam emere debuit? Quidni ex eo die quo empta est in rem patris versam esse pecuniam dicamus? Ad eum scilicet vsque modum ad quem præstare vestimenta filio pater consueuerat, vt in *l. 3. §. proinde si seruus 3. supr. hoc tit.* Deinde quod dicebat Neratius ex hac causa de peculio actionem aduersus patrem non posse competere, propterea quòd toga in rerum natura esse desiisset absque dolo malo patris: nam cùm non nisi facto patris in natura esse desierit, tanquam ab eo in funus filij dedicata, & in id negotium, quod nec Neratius negabat æs alienum esse patris, non filij, id est, in funus & sepulturã filij (hac enim sola ratione mouebatur, vt in patrem de in rem verso actionem daret) cur non dicamus patrem cùm togam hãc in funus filij dedicauit, hoc ipso factum esse debitorem peculij quod etiam post filij mortem ad effectum actionis annalis de peculio durare adhuc, & viuere intelligitur? Quod si peculij debitor factus est, quidni etiam actione de peculio intra annum poterit conueniri? Nam quod diximus, & in quo Paulus cum Neratio consentit in rem patris togam hanc versam esse, licet alia atque alia ratione, non debet tollere actionem de peculio. Quandoquidem in actionem de peculio venit etiam id quod in rem versum est, & creditori commodius semper est agere de peculio cùm sufficiens & idoneum peculium est, quàm agere de in rem verso, vel ob hoc ipsum ne probare cogatur in

rem

rem verũ esse, quod in actione de in rẽ verso semper probandum, & plerunque difficilis probationis est §. *praeterea & §. caeterum instit. Quod cum eo. l. ei qui 7. C. eod. tit.* Planè adiectio de in rem verso tunc necessaria esse potest & omnino est, cùm annus post mortem filij excessit. Alij enim casus vel adempti peculij, vel emancipati filij, ad huius legis tractatum non pertinent in quo ponimus, & mortuum filiumfamilias, & funeratum. Cùm autem de peculio agi non potest ob id quod in rem versum fuit de in rem verso agendum necessariò est *l. 1. §. 1. l. si pro patre 10. §. quare potest dici sup.*

20. Scaevola libro 1. Responsorum.

PAter pro filia dotem promisit: & conuenit, vt ipse filiam aleret non praestante patre, filia à viro mutuam pecuniam accepit, & mortua est in matrimonio. respondi, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut seruos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso vtilem actionem.

Ad l. Pater pro filia 20.

Rat. dub. Patre filiam marito collocatam non alente certum est onus illud ad maritum pertinere, qui & ob eam causam habere dotem intelligitur, Pro oneribus scilicet matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. l. si is qui Stichum 56. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Proinde licèt pater qui pro filia dotem promisit conuenerit, vt ipse filiam aleret, attamen patre id non praestãte videtur in rem mariti non minùs quàm patris versa esse pecunia quae ad alendam & exhibendam vxorem impensa est, exemplo eius quod Pomponius scribit in *l. quòd si nulla 28. supr. de relig. & sumptib. funer.* Si nulla dos defunctae mulieris fuit, nec illa heredes vllos habeat, neque rursum pater soluendo sit maritum in quantum facere potest funeraria conueniri posse & debere, ne iniuria eius videretur eam quae quondam ipsius vxor fuisset insepultam relinqui. Quanto igitur magis patre nulla filiae alimenta praestante maritus alimentis quotidianis verecundiam quoque pulsantibus, vt Papinianus loquitur in *l. pecunia 8. de alim. vel cibar. legat.* vxori viuae praestandis adstringatur? Nec sanè credibile est maritum cùm vxori suae, vt se aleret mutuam pecuniam dedit tam eo animo id fecisse, vt socerum suum de in rem verso sibi obligaret, quàm vt vitae vxoris suae, atque ita suae dignitati consuleret, ne vxorem fame perire pateretur. Satis ergo ei esse debet quod ex pacto dotali socerum habeat obligatum de alimentis filiae praestandis, vt plenissimam ex ea causa indemnitatem consequatur. Nec actio de in rem verso in hac specie aut competere, aut accommodata esse videtur.

Dec. In rem patris haud dubiè vertitur quicquid in alimenta liberorũ quae pater praestare debuit, impenditur, dum ne probabilis, & consuetus modus excedatur *l. 3. § proinde si seruus supr.* Item quod ad alendam & exhibendam domini familiam *d. l. 3. §. 1. & §. vnde rectè dicitur.* Quęnam enim patrisa. aut necessaria, aut vtilis & honesta impensa esse potest, si haec non est? Atqui in proposita specie ponimus patrem cùm filiam nuptui collocaret, ac pro ea dotem promitteret conuenisse, vt filiam suam ipse aleret, vt & in specie *l. seq.* quae eadem esse videtur, vt lex est eiusdem Scaeuolae, licèt amplioribus verbis concepta. Nec noua vel absurda conuentio est. Etsi enim vxorem alere maritus debet, id tamen tùm verè dicitur cùm dotem ab ea, aut eius nomine ab alio accepit. Hic verò pater dotem nondederat, sed tantũ promiserat, nullúmq; interim commodum ex dote ad maritum peruenerat, puta vsurarum in id vsque tempus praestandarum quo dos marito solueretur. Quę iusta nec infrequens pactio est quoties interim maritus obstrictus est perferendis oneribus matrimonij, ne diuersa interpretatio fructum dotis ab oneribus matrimonij separet, vt loquitur Vlpianus in *l. cùm pater 11. de pact. dotal.* Cùm ergo neque dotem vllam marito pro filia pater dederit, neq; vsuras dotis, sed tantùm dotem promiserit, quidni filiam alere ex pacto dotali debuit? Quo non facto si filia, vt se aleret, aut seruos paternos exhiberet mutuam accepit pecuniam siue à marito ipso, siue ab alio, an potest negare pater versam esse pecuniam in rem suam? Ergo neque recusare debet quominùs de in rẽ verso conueniatur, vtili saltem actione. Quid enim patris interest an à marito, an ab extraneo filia mutuam pecuniam acceperit? aut an actione de in rem verso vtili, an directa ex pacto dotali? De illo tantũ dubitari potest cur non nisi vtilem actionem de in rem verso det Scaeuola in hac specie: cũ directa quoque cõpetere videretur, marito nõ minùs quàm extraneo, ne deterioris conditionis sit maritus, quàm extraneus. Nisi dicamus eas dubitãdi rationes quas attulimus videri facere, vt directa actio non possit hoc casu competere, quia actio de in rem verso cùm sit ipsa actio de peculio, vt diximus ad *l. prox. praeced.* non videtur competere, nisi quamuis alia deficiẽte, siue ciuili, siue honoraria *l. hinc quaeritur § vlt. l. & ancillarum 27. §. vlt.* vbi diximus *supr. de pecul. & § prox. infr.* Sed non facere tamen quin vtilis danda sit, aut potiùs, quia de familia quoque exhibita tractat Scęuola, dicendum est ideò directam actionem de in rẽ verso hoc casu non competere quod maritus pecuniam mutuam simpliciter vxori dedisset, id est, non ea mẽte, vt vel in vxoris vel in familiae soceri alimẽta impenderetur, quo casu quia creditoris voluntas & intentio non concurrit, directa actio de in rem verso contra patrem competere non potest, cùm nõ habuerit maritus animum soceri obligãdi, sed vxoris tantùm, ne alioqui actus operetur vltra intẽtionem agentis contra *l. non omnis 19. supr. de reb. credit.* Id enim est quod Scaeuola significat in *d. § prox. infr. in verbis, si cum in rem pupilli daretur id in rem eius versum est.* Idque apparet euidentiùs ex *l. prox. infr.* vbi cùm eadem species tractetur de patre qui dotem filiae promiserat, & conuenerat, vt ipse filiã aleret, ponit Scaeuola maritum mutuos nummos vxori dedisse, cùm iustè putaret, inquit, patrem eius ministraturum tãtum salarium quantum dare filiae instituerat. Ergo non animo patris obligandi quem filię ministraturũ pecuniam putabat, nec vt in rem patris pecunia verteretur. Datur tamen vtilis, quia verum est effectu ipso versam esse in rem patris pecuniam, & erogatã esse ad ea sine quibus, aut se tueri filia, aut paternam filiam exhibere non potuisset. Alioqui locupletaretur pater ex iactura generi, si indemnitatem ei actione de in rẽ verso praestare nõ teneretur. Praesertim cũ pactum dotale nihil de alenda familia patris expressisset, quod nec mariti onus esse potuit. Non igitur eo minùs teneri pater de in rem verso debet quòd

pater ex pacto, vt filiam aleret obligatus fuit. Imò tanto magis quòd conuento eo & condemnato per actionem de in rem verso, futurum est, vt ab obligatione illa pacti dotalis, aut ipso iure, aut quod tutius est, vt in *l. qui seruum 34. §. 1. de oblig. & act.* saltem ope exceptionis liberetur, si fortè maritus indemnitatē plenissimam vtili actione de in rem verso cōsecutus adhuc ex dotali conuētione ob non exhibitam à socero vxorē agere velit. Improbus.n. sit gener, si bis idem à socero consequi velit *l. si quis dolo 51. in fi. de re iudic.* Et ita responsum hoc Sceuolæ omnino supplendum & intelligendum est.

1 ¶ Seruus absentis reipublicæ causa, pupilli seruis pecuniam credidit, subscribente tutore, stipulatione in personam tutoris translata, quęsitum est, an aduersus pupillum competat actio? respondi: si cùm in rem pupilli daretur, id in rem ius versum est, & quo magis actu seruorum confirmaretur: tutor spopondit: posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore.

Ad §. 1. Seruus absentis.

RAT. DVB. Non datur honoraria actio de in rem verso, vt nec alia vlla de peculio quoties aliqua competit præsertim ciuilis, & ex stipulatione. Frustra enim qui habet actionem ciuilem desideraret honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act. l. hinc quæritur 19. §. vlt. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr. de pecul.* Atqui cùm seruus siue absentis Reipublicæ causa siue alterius, pupilli seruis pecuniam credidit, vt in rem domini pupilli impenderetur, eoque nomine subscribente tutore stipulatio interposita est, & in tutorem ipsum translata, qua spopondit ille se soluturum, & eam pecuniam restituturum, competit certi condictio ex stipulatione domino serui stipulantis contra tutorem pupilli qui subscripsit, & promisit, quamuis quasi tutor subscripserit, vt scilicet saltem quasi tutor teneatur *l. si non subscripsisti 15. C. de admin. tutor.* Ergo non est ex hac eadem causa danda actio de in rem verso contra pupillum, cùm creditoris indemnitati possit esse consultum per actionem quæ ei competit aduersus tutorem, tutori autem per actionem tutelæ, si quod in rem pupilli versum est pupilli rationibus inferre velit, aut quod pro pupillo soluerit, ab ipso repetere *l. 4. §. vltim. infr. de euict. l. si fundus 13. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel.*

DEC. Potest fieri, & in dubio ita præsumendum est, vt tutoris subscriptio & sponsio interuenerit, nō vt ille transferret in se obligationem pupilli nouandi animo, & actionem de in rē verso perimeret, sed potiùs vt actus ille acceptæ in rem pupilli pecuniæ magis ac magis confirmaretur. Ergo non debet illa subscriptio & promissio tutoris facere, vt eo minùs danda sit in pupillum actio de in rem verso, si pecunia & in rem pupilli data sit, & in rem eius versa sit. Ne alioqui inducta ad confirmandam obligationem, eam infirment & destruant, contra *l. legata inutiliter 14. de admin. legat. l. 1. §. si filius emancipatus de bono. poss. contr. tabul.* Nec enim is qui quasi tutor, non etiam quasi fideiussor subscripsit, conueniri potest nisi tanquam tutor *d. l. si non subscripsisti, l. vltim. supr. de instit. act.* Pupilli autem nihil interest, an indemnitatem creditori præstet immediatè per actionem de in rem verso, an per mediam tutoris personam, & tutelæ actionem. Sic dicimus si tutoris iussu seruo pupilli creditum sit, & ex vtilitate pupilli fuerit creditum dandam esse in pupillum actionem: non quidem quod iussu, quia nihil pupillus iussit: sed quod iussit tutor *l. 2. infrà, tit. proxim.* Sed si alia subscribentis tutoris mens fuit, tenebitur etiam pupillus actione non tantùm de in rem verso, sed quod iussit tutor *d. l. 2.*

21. IDEM libro 5. Digestorum.

Filiamfamilias duxit vxorem, patre dotem promittente, & conuenit inter omnes personas, vti eam pater, aut ipsa se tueretur. maritus ei mutuos nummos dedit, cùm iustè putaret, patrem eius ministraturum tātùm salarium: quātùm dare filiæ suæ instituerat. eos nummos illa in vsus necessarios sibi, & in seruos, quos secum habebat, consumpsit: aliquantum &, cùm ei res familiares creditæ essent, ex pecunia mariti in easdem causas conuertit, deinde priùs, quàm pater salarium expleret, moritur filia, pater impensam recusat. maritus res mulieris retinet. Quæro, an de in rem verso aduersus patrem actio competat. Respondit, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut seruos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso vtilem actionem.

Ad l. vlt. Filiamfamilias.

Accidit hîc Scæuolæ, quod in *l. filiofamilias 54. & l. vltim. suprà, de pecul.* vt eandem speciem & quæstionem tractauerit in libris Responsorum & Digestorum. Nam in hac lege quæ est Scæuolæ libro quinto Digestorum eadem species & quæstio proponitur, quę libro primo Responsorum, vnde sumptū est principium legis proximè præcedentis. Idem ergo Triboniano quoque accidit quod in illo titulo *de peculio*, vt duas eiusdem sententiæ leges in hoc quoque titulo proponeret, contrà quam à se

factum

factum gloriatur in *Constitutione de confirm. digest.* Est autem species huius legis multo latiùs & diffusiùs proposita quàm in *l. prox. supr.* & quæ seipsam cum supradicta lege apertiùs explicat: ponit enim creditam esse à marito pecuniam vxori, non animo soceri obligandi, sed cùm iustè putaret, fretus scilicet dotali conuentione, patrem ministraturum filiæ tantum salarium, quantum filiæ suæ dare instituerat. Addit, eos nummos illam in vsus necessarios sibi & in seruos quos secum habebat consumpsisse aliquantum, & cùm ei res familiares creditæ essent ex pecunia mariti in easdem causas conuertisse; deinde priùs quàm pater salarium expleret, mortuam esse filiam, patrem impensam recusare, maritum res mulieris retinere. Sed ad quæstionem vtroque loco propositam, an de in rem verso aduersus patrem actio competat. Respondet iisdem prorsus verbis quibus in *d. l. prox. praeced.* Si ad ea id quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut seruos paternos exhibere non posset dandam de in rem verso vtilem actionem. Ergo quod scriptum est initio *dictæ legis prox. praeced.* ex hac lege supplendum est, quod ad facti circumstantias pertinet, vt iuris ratio bene intelligatur.



QVOD IVSSV

Ad TIT. IV.

VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

MERITO ex iussu domini in solidum aduersus eum iudicium datur: nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

Ad l. 1.



RAT. DVB. Cùm seruus contrahit etiam iussu domini, non ideò tamē dominus contrahit, sed seruus, qui porrò contrahendo non potest obligare dominum nisi de peculio, vel de eo quod in rem domini versum est *l. nec seruus 41. suprà, de pecul.* Ergo non potest nec debet hoc casu dominus in solidum obligari, sed tantùm de peculio, vel saltem quatenus in rem domini versum est. Nam & is qui agit de in rem verso, agit eo colore vltra quàm in peculio sit, quod ille in cuius rem versum est quasi contraxisse videatur *l. 1. suprà titul. prox.* nec tamen ideò in solidum conuenitur is qui de in rem verso tenetur.

DEC. Is qui iubet cum seruo contrahi, contrahere ipse videtur. Nihil enim interest an per se quis aliquid faciat an per alium *l. 5. §. quòd si quis de admin. tutor. l. si quis 7. §. vltim. supr. de iurisdict. l. cùm iussu 64. de solut.* atqui si dominus ipse contraheret, nemo dubitaret quin obligaretur in solidum non adhibita distinctione quantum esset in peculio aut in rem versum, meritò igitur in dominum qui iussit actionem hanc Quod iussu Prætor in solidum induxit. Nec simile est quod dicimus eum quoque in cuius rem versum est contraxisse videri. Sensus enim est, catenus videri contraxisse, quatenus in rem versum est non simpliciter. At is qui contrahi iubet contrahere absolutè intelligitur. Ergo in solidū se obligat quatenus iubet. Nam & sic dicimus eum qui mandat deiici videri deiecisse *l. hoc iure 152. de reg. iur.* & eum dare damnum qui iubet dare *l. is damnum dat 169. eod.* Sed adieci quod necessariò adiiciendum est *quatenus iubet*, quia si fortè iusserit domin' credi seruo centum, & creditor ducenta crediderit, non habebit actionem Quod iussu nisi in centum. Et hac parte bona potest esse comparatio actionis Quod iussu & de in rem verso, quoniam sicuti is in cuius rem versum est contraxisse ipse videtur quatenus versum est; ita & qui iussit contraxisse intelligitur eatenus duntaxat, quatenus iussit, *l. 3. infr. hoc titul.* Vnde fit vt aliquo casu plenior possit esse actio de in rem verso quàm quod iussu, putà si iusserim seruo meo, vt à te centum mutua acciperet, tu verò crederis ei ducenta quæ tota in rem meam versa sint. Habebis enim me obligatum actione quod iussu in centum: duntaxat; actione verò de in rem verso in ducentis. Sæpius tamen accidit, vt plenior sit actio quod iussu quàm de in rem verso, quia non semper in rem vertitur, quod iussu domini creditur. Itaque quod dicimus, eum qui iussit in solidum obligari sic accipiendum est, vt ad eam vsque quantitatem quam dominus iussit obligetur in solidum, licèt aut nihil, aut minùs sit in peculio, aut in rem verso, & habent se inuicem actiones de in rem verso & quod iussu, vt excedentia & excessa.

2 ¶ Iussum autem accipiendum est: siue testato quis, siue per epistolam, siue

verbis, aut per nuntium: siue specialiter in vno contractu iusserit, siue generaliter: & ideò & si sic contestatus sit, *Quod voles cum Sticho seruo meo negotium gerere periculo meo*: videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet[a].

Ad §.1. Iussum autem.

RAT. DVB. Quemadmodum non quicumque dicit, spondeo, obligatur ex sponso, vt est apud Varronem *lib.5. de ling. Latin.* Sed is demùm qui stipulanti adhibita solennitate verborum spopondit, vt appareret seriò rem agi & animo contrahendæ ciuilis obligationis quæ parere actionem posset *l. iuris gentium 7. §. quod ferè supr. de pact.* Ita & ad inducendam actionem Quod iussu contra dominum quæ faciat, vt ex contractu serui in solidum conueniri possit quatenus iussum est, videtur tale iussum requiri de quo dubitari non possit, quin seriò interuenerit, vt dominus obligaretur, quasi & ipse cõtraxisset. Quale est si testato, id est præsentibus & conuocatis in eam rem testibus quis iusserit cũ seruo suo contrahi aut coram verbis claris & expressis, aut etiam si voles per epistolam à domino iubente subscriptam, at non etiam per nuncium, ne facilè sit falso nuncio fingere iussum quod nullum sit, nec rursùs per verba illa generalia, *quod voles cum Sticho seruo meo negotium gere periculo meo*, (lego enim *gere* non *gerere*:) sunt enim hæc verba generalia plerumque captiosa, & mala interpretatione trahuntur facilè ad incogitata, nisi liberalitatem & iussionem captiosam interpretatio prudentum frangat, vt in *l. cùm Aquil. sup. de transact.*

DEC. Actio Quod iussu nascitur ex voluntate iubentis. Nulla enim videri potest iniuria fieri ei qui semel voluit *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* Voluntas autem declaratur, non minùs per nuncium & per epistolam, quàm per testationem aut stipulationem quę certam verborum solennitatem habeat. Ideoq; contractus omnes qui consensu perficiuntur etiam per nuncium & epistolam rectè fiunt *l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 1 locat. l. 2. de oblig. & action.* Maximè verò mandatum *l. 1. §. 1. infr. mandat.* quod ad iussum propiùs accedit *§. sed etsi mandauerit inst. & l. vlt. in fin. hoc tit.* Debétque sibi imputare is qui iussit, si verbis generalioribus, nec ad vnum specialiter contractum se restrinxerit, sed generaliter ad omnes contractus, vt in suprascripta formula iussum suum porrexerit. Nihil enim vetat iuberi quem ad omnia, vt cum filiofamilias vel seruo alieno contrahat, cum quo non aliter fuisset contracturus, & debuit is qui iussit melius sibi prospicere cùm in ipsius potestate esset legem apertiùs dicere, ex regula *l. veteribus 39. suprà, de pact. l. Labeo 21. infr. de contr. emption.*

a *Nisi certa lex aliquid prohibet.* Hæc verba redolent proculdubio Tribonianum respicientem, ni fallor, ad constitutionem Imperatorum Honorij & Theodosij in *l. vlt.* Quod cum eo quæ prohibet ne domini per seruos colonos conductores, procuratores, actorésve possessionum actione ista Quod iussu, nisi speciale iussum adsit credendę certę pecuniæ, quamuis etiam familiares epistolæ commendatitiæ dominorum interuenerint. Nam quod nõnulli adferunt, non esse permissum seruo aut filiofamilias, tametsi liberam habenti administrationem peculij, vt donet, quia donare sit perdere *l. contra 28. §. vlt. supr. de pact. l. filiusfamilias 7. inf. de donat.* omnino alienum est ab hoc tractatu, in quo non de potestate illius, qui iussus est, sed de voluntate tantùm iubentis interpretanda agitur. Neq; verò dubitandũ est, quin etiam donare seruus vel filiusf. possit, quamuis liberã peculij administrationem non habeat, si modo pater aut dominus iusserit, quia eo casu non tam seruus, aut filius quã pater ipse aut dominus donasse crederetur *l. mortis causa 11. l. tã is 25. §. 1. de mor. caus. do.*

2 ¶ Sed ego quæro, an reuocare hoc iussum, antequam creditor, possit. & puto, posse, quemadmodum si mandasset, & postea ante contractum contraria voluntate mandatum reuocasset, & me certiorasset.

Ad §.2. Sed ego quæro.

RAT. DVB. Nulla videri potest fieri iniuria ei qui semel voluit, vt modò proximè dicebamus ex *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua pluu. arcend.* Debuit enim is qui iussit meliùs secum deliberare antequam iuberet an iubere expediret, vt de donatore scriptum est in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* Neque verò facilè Prætor aut ciuilis legislator istam ferre potest inconstantiam *l. in causa 27. supr. de procurat.* Ne ludibrio leges esse videantur ei qui primùm iubet, deinde iussum reuocat, vt Iustin. loquitur in specie *l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* etiamsi res adhuc sit integra.

DEC. In eo quod ex voluntate pendet, liberum cuique est mutare voluntatem quandiu res integra est, id est dum ne mutatio illa voluntatis damnum aut iniuriam alicui adferat. Quid enim voluntati nostræ tam conuenit, quàm vt sit libera, & ad mortem vsque si nihil aliud obstet ambulatoria? *l. 4. infr. de adim. legat.* Ideóque voluntas posterior in liberis actibus primam perimit, nec nocet voluisse si nunc nolis *l. 1. § si quis adita l. filij 6. §. 1. infr. ad S.C. Tertyll.* Inde est quod mandatum cui iussum simillimum, & proximum est, reuocari potest contraria voluntate, antequàm secutus sit contractus, & dum adhuc res integra est *§. rectè instit. de mandat. l. si verò 12. § penult. l. si mandassem 15. infr. eod. ill. tit. l. si quis mihi 25. §. pen. de acquir. hered.* dummodo certioretur ille qui alioquin ex mandati reuocatione deciperetur, & damno afficeretur *d. l. si mandassem.* Imò & interdum sufficit, vt quis iustam causam habeat suspicandi reuocationẽ mandati, vt in *l. si cùm Cornelius 82. de solut.* Ergo & qui iussit seruo credi pecuniam reuocare iussum potest, antequã credatur pecunia, si modò nihil adhuc interfuit eius qui iussus est. Quid enim si à debitoribus suis qui vsuras fortè pendebant, pecuniam exegerit, vt eam seruo tuo crederet? Non erit tibi permittẽda reuocatio si non indemnitatem offeras & præstes, ne alioqui dãno afficiatur *d. l. si mandassem*: debueras. n. reuocare antequam ipsius quicquam interesset. Alioqui sera & intempestiua reuocatio est. Sed nec sufficit reuocasse, nisi certioretur de reuocatione is qui iussus est *l. si quis seruo 18. l. qui hominem 34. § si Titium.*

Ad §.

3 ¶ Sed & si mandauerit pater, dominúsve: videtur iussisse.

Ad §.3. Sed & si mandauerit.

RAT. DVB. Aliud est mandare, aliud iubere. Verbum enim *mando* semper habitum est pro verbo obliquo & precario §. *vltim. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* verbum autem *iubeo* directum fuit, & imperatiuum quando sumitur pro *impero*, licèt possit etiam latinè accipi pro *cupio*, vt cùm dicimus, *iubeo te soluere*, ad quod respiciens Tribonianus dixit esse fortè directum in *l. 1. C. commun. de legat.* Ergo vt quis ex hac parte edicti teneatur quod iussu, iubere illum & imperare oportet, non mandare. Nam & de iussu, non de mandato verbis edicti prætorij cautum est *l. 1. & 2. supr. quod cum eo.* Et fuerunt proculdubio prima illa edicti verba quod iussu, quæ huic actioni vt & titulo nomen dederunt.

DEC. Cùm Prætor hanc partem edicti & actionem quod iussu proposuit, non tam ad *iubendi* verbum respexit quàm ad iubentis voluntatem quibuscunque verbis declaratam, ex qua deinde contractus secutus sit vt & in *l. vbi purè 19. §. 1. ad SC. Trebell.* Atqui voluntas illa non minùs mandato patris vel domini, quàm iussu declaratur. Cùm mandatum quoque præcedat, sicut & iussum *l. si quis mihi bona 25. §. iussum, & §. sed quid si mandauit infr. de acquir. hered.* Ergo & si pater dominúsve mandauerit cum filio vel seruo contrahi, iussisse videbitur. Denique iubentes mandantibus æquiparantur in *l. vlt. in fin. infr. hoc tit.*

4 ¶ Sed & si serui chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu.

Ad §. 4. Sed etsi serui.

RAT. DVB. Iussum præcedere semper debet actum qui iubetur sicut & mandatum *l. si quis mihi 25. §. iussum de acquir. hered.* Subscriptio autem sequitur semper non præcedit. Ergo non potest pater vel dominus teneri quod iussu ob id solùm quòd filij vel serui chirographo subscripserit.

DEC. Subscriptio adhibetur in ipso negotio & contractu, dátq; perfectionem contractui: nam & qui subscripsit, omnia in instrumento contēta scripsisse intelligitur, & adprobasse *l. sicut 8. §. non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* dum ne quasi testis subscripserit *l. si pater 6. C. de fideiuss. l. mutua 14. C. si cert. petat. l. si non subscripsisti 5. C. de admin. tutor.* Pater ergo qui tanquam pater subscribit instrumento filij mutuam pecuniam accipientis, aut dominus qui tanquam dominus instrumento serui iubere intelligitur, nec recusare potest quominùs actione quod iussu in solidum teneatur: sunt itaq; paria ista patrem vel dominum aut iubere, aut mandare, aut subscribere *l. 3. Cod. quod cum eo.* quia sufficit patris vel domini iussum aut voluntatē quamlibet in ipso cōtractu & negotio interuenire, nō posteà *d. §. iussū.*

5 ¶ Quid ergo, si fideiusserit pro seruo ait Marcellus, non teneri quod iussu: quasi extraneus enim interuenit. neque hoc dicit ideo, quòd tenetur ex causa fideiussionis: sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quasi iusserit quæ sententia verior est.

Ad §. 5. Quid ergo.

RAT. DVB. Qui fideiubet, iubet vt verbum ipsum fideiubendi, & fideiussionis formula ostendit, Fide tua esse iubes; ergo si dominus fideiusserit pro seruo tenetur quod iussu.

DEC. Is demum dominus obligat se actione quod iussu qui tanquam dominus iubet contrahi cum seruo, at is qui fideiubet pro seruo iubet tanquam extraneus: Id enim facit quod extraneus quilibet facere potest; iubere autem cum seruo contrahi aliûs quàm dominus non potest. Aliud ergo est iubere, aliud fideiubere: itaque non distinguemus an dominus qui pro seruo fideiussit teneatur ex ea fideiussione vt extraneus quilibet an non teneatur: nam etsi tenetur regulariter ex stipulatione cùm pro seruo fideiussit, ideóque nec quæstioni locus esse potest an honoraria actione quod iussu conueniri possit, aut alia de peculio qui ex stipulatione & directa ciuili actione conueniri potest: si tamen ponas inutiliter eum fideiussisse, fortè ob non adhibita stipulationis fideiussoriæ verba solemnia (est enim solemnis actus fideiussionis *l. sciendum 36. de verb. oblig.*) non eo magis tenebitur quod iussu quasi iusserit. Estq; hic casus vnus ex ijs in quibus si non valet quod ago vt ago, non valet vt valere potest. Nempe quia actio quod iussu requirit iussum & voluntatem domini tanquam domini iubentis contrahi cū seruo non tanquam cum alio quolibet, sed tanquam cum seruo.

6 ¶ Si ratum habuerit quis, quod seruus eius gesserit, vel filius, quod iussu actio in eos datur.

Ad §. 6. Si ratum.

Iam monui ad *l. si res 5. §. quod seruus supr. tit. prox.* corruptum esse hunc §. & addita negatione sic legendum, *si ratum habuerit quis quod seruus eius gesserit, vel filius quod iussu actio non datur.* Nam si verborum constructionem spectemus non habent verba illa *in eos* ad quos referantur cùm in præcedentibus non nisi in singulari numero dictum sit *si quis*, cui consequenter scribendum erat, *in eum.* Deinde falsum est quod ad hoc edictum pertinet iussisse videri eum qui ratum habet, cùm ratihabitio semper sequatur; iussum verò semper præcedere debeat *l. si quis mihi 25. §. iussum infr. de acquir. hered.* Annon enim esset perabsurdum & ridiculum iubere me tibi vt facias quod iam feceris? Fateor ratihabitionem æquiparari mandato: quæ tota ad hunc locum dubitandi ratio est ex *l. semper qui non prohibet 60. de regul. iur. iūct. l. hoc iure 152. §. vlt. eod. l. vlt. Cod. ad SC. Maced.* Sed id obtinet in iis in quibus nihil refert quid prius aut quid posterius fiat, & quoties voluntatem ratum habentis quandocunque

interuenire satis est. Quod non contingit in actione quod iussu, quæ non aliter locum habere potest quàm si dominus iusserit contrahi, ergo ante contractum, non posteà. Ita enim verba edicti concepta sunt. Nihilne igitur secuta ratihabitio proderit si fortè nullo iussu præcedente seruus contraxerit, nec in rem domini quicquam verterit? Imò prodesse debebit ad hoc vt dominus teneatur, & conueniri possit, non quidem quod iussu, sed tamen de in rem verso ac si versum in rem totum fuisset, quamuis nulla in rem versi probatio nisi ex ratihabitione proferatur. Atque ita Vlpianus noster cuius hæc lex est, in eodem ipso libro 29. ad Edictum, disertè scribit in *d.* §. *quod si seruus*, nec vllum hac de re dubitandi locum relinquit. Obseruandum autem est poni speciem & quæstionem hanc mediam inter duas alias in quibus non datur actio, quod iussu, vt tanto apertiùs intelligamus nec in hac specie dandam esse. Quamuis videam interpretes omnes contrà sentire, motos ex eo tantùm, quod vident ratihabitionem regulariter æquiparari mandato, nec animaduertentes speciale esse in hoc casu, vt non æquiparetur propter verba & rationem Edicti. Et certè si dubitatum est an præcedens mandatum iusso æquiparari hoc casu deberet §. *sed & si mandauerit supr.* quis ferat in ratihabitione quæ non nisi mandato æquiparatur, idem iuris esse? Iunge *l. prox.* §. *vltim. infr.* ex quo loco apparet omnia quæ ad actionem quod iussu inducendam necessaria sunt debere ab initio interuenire nec posse ex postfacto accedere.

7 ¶ Si pupillus dominus iusserit, vtique non tenetur nisi tutore auctore iussit.

Ad §. 7. *Si pupillus.*

RAT. DVB. Pupillus licèt tutorem habeat non eo minùs rerum suarũ dominus pleno iure manet: tutores enim pupillis dantur vt pupillos ipsos eorúmq; patrimonia tueantur, non vt eos spolient *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptore. l.* 1. *& pass. infr. de tutel.* Atqui edictum hoc vt detur actionem quod iussu, nihil aliud exigit, nisi vt dominus iusserit cum seruo contrahi, nec distinguit an dominus impubes sit, nécne: ergo dicendum est pupillum quoque si tanquam dominus iusserit teneri quod iussu, quãuis non authore tutore iusserit: neque enim distinguere debemus vbi prætor non distinguit *vulg. l. de precio supr. de Publician. in rem act.*

DEC. Obligari nullo modo pupillus potest sine tutoris authoritate quoties obligatio ex persona nõ ex re venit *l. obligari* 9. *& pass. de author. tutor.* Atqui iussum domini ex hoc edicto dominum obligat & quidem in solidum, etiam si neque in peculio quicquam, neque in rẽ versum sit, vt diximus ad principium *huius legis.* Ergo non potest obligari pupillus ex hoc edicto nisi tutore authore gesserit: & sanè parum est quod pupillus sit dominus cùm non habeat ius rerum suarum administrandarum *l. iusiurandum quod* 17. §. 1. *supr. de iureiur.* Dominum namque in hoc edicto prætor eum intelligit, qui de se rebúsque suis obligandis liberum arbitrium habet vt in *l. in re mandata* 21, *Cod. mandat.* qualis certè pupillus non est nisi cùm tutoris authoritas interuenit. Potest enim pupillus omnia facere tutore authore etiam ex quibus deteriorem condicionem suam facturus sit *l. potuit* 5. *Cod. de iur. delib. l. in negotiis* 5. *de regul. iur. l.* 4. *in fin. infr. de euict.* sed sine tutore, meliorem tantùm condicionem suam facere potest, deteriorem nullomodo potest præsertim vt se obliget *d. l. obligari.* Aliud est si tutoris solius iussu, pupilli seruo creditum sit. Tunc enim datur actio quod iussu, & quidem contra pupillum ipsum, sed non actio quod iussu, quæ daretur si pupillus tutore authore gessisset, at actio quod iussit tutor *l.* 2. *in princip.* vbi dicemus *infr.*

8 ¶ Si iussu fructuarij erit cum seruo contractum, item eius, cui bona fide seruit: Marcellus putat, quod iussu dandam in eos actionem: quam sententiam & ego probo.

Ad §. 8. *Si iussu.*

RAT. DVB. Prætor in hoc edicto pollicetur daturum se actionem in solidum ex iussu domini aduersus dominum ipsum, vt initio *huius legis* scriptum est. Atqui nec fructuarius, nec bonæ fidei possessor dominus est, cùm vsusfructus nihil aliud sit quàm ius alienis rebus vtendi fruendi *l.* 1. *supr. de vsufr.* & rectè dicamus fundum totum nostrum esse, etiam cuius vsusfructus ad alium totus pertinet *l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* consistit enim in iure, non in parte dominij, licet rei emolumentum contineat *l. Mæuius* 66. §. *fundo de legat.* 2. *l. si à reo* 70. §. *si reo de fideiuss.* Bonæ fidei possessor autem quisquis est hoc ipso fatetur se non esse dominum, quia verus dominus possidet iure suo, non autem sola bona fide *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin. l. qui scit* 25. §. 1. *& vltim. infr. de vsur.* Ergo nec si iussu fructuarij vel bonæ fidei possessoris cum seruo contractum sit, danda est contra eos actio quod iussu.

DEC. Prætor in edicto locutus est de iussu eius qui habeat in potestate, vt constat ex verbis edicti quæ recensentur in *l.* 2. *supr. Quod cum eo.* Atqui & fructuarius & bonæ fidei possessor habent quodammodo seruum in potestate, non quidem iure dominij, sed quod ad hoc pertinet vt ex seruorum contractibus & de peculio & de in rem verso obligentur *l. sed in emptore* 13 *l. sed si duo* 15. *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *in princip. & pass. supr. de pecul.* Latius enim patet potestatis nomen quàm dominij *l. quoties* 21. §. *Prætor ait & seq. l. si seruus* 22. § .1. *l. si noxale* 27. *& pass. supr. de noxal. act.* Ergo multo magis dicendum est posse & fructuarium & bonæ fidei possessorem ex serui cõtractu in solidum obligari. Fit enim multo clarius nulla iniuria ei qui ex suo iussu in solidum conuenitur, quàm ei qui ex contractu inito se ignorante conuenitur vel de peculio, vel de in rem verso, cùm is qui iubet contrahi, contrahere ipse quodammodo videatur, vt in diximus in principio huius legis.

9 ¶ Si

9 ¶ Si curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi iubente, cum seruo contractum sit: putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos, quorum seruus fuerit. Idem & in vero procuratore [a]. Sed, si procurator verus non sit, in ipsum potiùs dandam actionem, idem Labeo ait.

Ad §. vlt. si curatore.

RAT. DVB. Neque adolescentis, neque furiosi vel prodigi curator dominus est, sed tantùm administrator bonorum domini: ergo ex eorum iussu non est danda, quod iussu actio in adolescentem vel furiosum vel prodigum, sed aut contra neminem, aut contra eos ipsos, qui iusserunt. Nam nec alij contraxisse videri possunt quàm qui iusserunt, non illi etiam qui non iusserunt, vt scriptum est initio *huius legis*.

DECIS. Omnes hi curatores domini quidem non sunt: sed tamen dominorum loco habentur: quia ius administrandarum rerum eis competit, & agendo rem in iudicium deducunt, non etiam adolescens ipse aut furiosus, aut prodigus sine curatore, *l. iusiurandum, quod* 17. §. 1. *& seq. iunct. l. tutor pupilli*, 35. §. 1. *supr. de iureiur.* Ad causam enim administrationis maximè pertinet, vt quis cum seruo contrahere vel iubeatur, vel non iubeatur. Quanquam in curatore adolescentis paulò difficiliùs hoc videtur, quia non sicuti curator furiosi vel prodigi datur etiam personæ: sed bonis tantùm. Qua ratione fortassis de solo tutore, & furiosi vel prodigi, non item de adolescentis curatore tractat Paulus, in *d. l. iusiurandum, quod* §. 1. vt ibi scripsimus. Sed tamen non est hac parte separandus curator adolescentis ab aliis curatoribus: quia, vt dixi, ad bonorum, non ad personæ administrationem hæc res pertinet, vt euenit in institoria quoque actione, *leg. cuicunque* 5. §. *vlt. supr. de institor. act.* Nec malè cum istis contrahitur, sicuti nec cum tutoribus, ita vt curator quoque adolescentis solus, & agere & conueniri possit, *l. 2. infr. de administrat. tutor.* Quamuis longè tutiùs sit cum minore ipso contrahere adhibita curatoris authoritate, quàm cum curatore sine minore, nisi quòd etiam curatori minoris sine minore solui rectè potest, *l. ait Prætor*, 7. §. 1. *supr. de minor.* Neque verò ius hoc damnosum est adolescentibus, aut prodigis, aut furiosis cùm si quid in iubendo factum sit à curatoribus contra ipsorum vtilitatem de eo regressum habituri sint aduersus ipsos curatores, actione negotiorum gestorum. Nec vllorũ magis interest quàm minorum, furiosorum, & prodigorum ita ius constitui, ne alioqui peculiaria eorum negotia facilè aut deferantur penitus, aut saltem negligantur. Dabitur autem his casibus non actio, quod iussu simpliciter: sed quod iussit curator vt in *l. prox. infr.*

a *Idem & in vero procuratore.* RATIO DVBITANDI ET DECIDENDI eadem est, quæ ad sententiam præcedentem. Nam nec procurator domini dominus est quantumlibet verus procurator sit. Sed tamen domini loco est etiam ad obligandum dominum, si modò non excedat fines mandati, qui diligenter custodiendi semper sunt *l. diligenter* 5. *infr. mandat.* Alioqui falsus procurator esse intelligitur non minùs, qui mandati fines excedit, quàm qui mandatum prorsus nullum habet, cùm in eo in quo excedit, nullum habeat. In eum igitur hoc casu danda erit actio, quod iussu, vt ex Labeone Vlpianus hîc scribit. Ne impunè & creditori & domino illuserit. Planè si rerum omnium procurator sit, tentari potest in eum quoque dandam actionem quod iussu exemplo institoriæ, *l. 6. supr. de institor. act.*

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI tutoris iussu, seruo pupilli creditum sit: puto, si ex vtilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod iussit tutor.

Ad l. si tutoris iussu, 2.

RAT. DVB. Non minùs iuris habet tutor in pupillum ad eum obligandum præcisè & indistinctè actione quod iussu, quàm curatores adolescentis furiosi & prodigi ad adolescentem furiosum & prodigum obligandum. Cùm non tantùm bonis detur vt curator adolescentis, sed etiam personæ, *l. cùm plures*, 12. §. *cùm tutor, infr. de administrat. tutor. l. iusiurandum, quod* 17. §. 1. *supr. de iureiurando.* Atqui curatores isti omnes iubendo contrahi cum seruo obligant dominos actione quod iussu, vt proximè dictum est in §. *vlt. legis præcedentis.* Nec adhibetur distinctio an ex adolescentis vel furiosi vel prodigi vtilitate creditum sit. Alioqui nil differret actio quod iussu ab actione de in rem verso, si eadem probatione versæ in rem pecuniæ onerandus actor esset. Ergo nec in tutore iubente contrahi cum seruo pupilli adhibenda hæc distinctio est. An ex pupilli vtilitate creditum sit nécne. Nec est quod quis dicat manifestam esse differentiam inter curatorem furiosi vel prodigi & tutorem pupilli, in eo quod neque furiosus, neque prodigus qui quod ad mores & bona pertinet, facit exitum furiosi, iubere ipse potest, ne quidem curatore auctore vt cum seruo contrahatur, sed solus curator, cùm tamen etiam pupillus tutore auctore & iubere, & cætera omnia facere possit, adeóque multò plura quàm tutor ipse sine pupillo, *l. in negotiis*, 5 *de reg. iur. iunct. l. si potuit*, 5. *Cod. de iur. deliberandi.* Nam non facit hæc differentia quin possit tutor etiam solus cùm vult, omnia facere quæ pupillus eo authore posset, & quæ curator furiosi vel prodigi facere potest. Sed etsi separandus esset curator furiosi vel prodigi à tutore, quod non est probabile, quis tamen ferat minùs iuris habere tutorem ad obligandum per se pupillum, quàm habeat curator adolescentis ad obligandum adolescentem?

DEC. Est speciale ius hoc actionis quod iussu, vt ex iussu tutoris non aliter in pupillum danda sit, quàm si ex vtilitate pupilli creditum esse & allegetur & probetur: quia verba edicti denotant & designant personam solam domini habentis ius iubendi: quemadmodum autem in eo numero non est pupillus si sine tutoris auctoritate iubeat, quamuis dominus sit: ita nec tutor, quia dominus non est, quamuis sit

loco domini. Idem ergo & de curatoribus furiosi, prodigi & adolescentis sentiendum est, vt si cum seruo contrahi iusserint non aliter, furiosum, prodigum & adolescentem obligent actione quod iussu quàm si ex domini sui vtilitate seruus contraxerit. Nam nec pignus à curatore furiosi datum aliter valet quàm si vtilitate furiosi exigente id fecerit *l. pignus* 11. *infr. de curat. furios.* Et vt dicam generaliùs non vsquequaque curatori furiosi competit rerum eius alienatio, & libera dispositio, sed quatenus negotiorum exigit administratio vt scriptum est in *l. ab agnato* 12. *cod.* id est, siue necessitas siue vtilitas administrationis. Atque ita supradicta Labeonis & Vlpiani sententia omnino accipienda est. Nam neque tutor domini loco absolutè est, sed ita demùm si rectè, & ex pupilli vtilitate administret non etiam si pupillum spoliet *l. qui fundum* 7. *§. si tutor. infr. pro emptor.* Dices, nullius ergo vtilitatis fore creditori iussum tutoris vel curatoris quisquis ille sit si præter iussum cogatur etiam probare in rem versum, cùm nullo quoque iussu interueniente æquè habiturus esset de in rem verso actionem. Hic enim vnicus scrupulus superest, isque diluendus dicendum est, aliud esse dicere creditam fuisse pecuniam ex vtilitate pupilli, aliud verò, eam in rem pupilli versam fuisse. Potest enim fieri faciliùs vt credita sit ita exigente pupilli vtilitate quàm vt in rem pupilli tota versa sit, priore casu consilium solum creditoris inspicitur, posteriore verò etiam effectus rei qui non semper consilio respondet. Denique puto interueniente iussu tutoris vel curatoris satis probari creditum esse ex vtilitate pupilli, nisi pupillus probet contrarium, pupillum igitur hoc casu onerandum esse probatione non creditorem, vt & in specie *l. 2. Cod. arbitr. tutel. & arg. l. dotem* 30. *infr. de iur. dot.* quod in actione de in rem verso diuersum est. Obserua tamen hoc casu non dari in pupillum actionem quod iussu simpliciter, sed quod iussit tutor, vt Paulus hîc loquitur: quia verum est pupillum non iussisse, licèt tutor iusserit.

1 ¶ Si iussu domini ancillæ vel iussu patris filiæ creditum sit: danda est in eos quod iussu actio.

Ad §. 1. Si iussu domini.

RAT. DVB. Verba edicti loquuntur de eo non de ea *l. 2. supr. quod cum eo.* Ergo ad masculos tantùm quibus creditum est iussu patris vel domini hoc edictum pertinet non ad fœminas.

DEC. In fœminis quibus creditum est iussu patris vel domini eadem iuris ratio locum habet: ergo & idem ius *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* cùm diuersitatis ratio reddi non possit *l. 3. §. vnde etiam de inoff. rupt.* Nec minùs in actione quod iussu quàm in actione de peculio vel de in rem verso *l. 1. §. de eo. l. & ancillarum* 27. *supr. de pecul. l. cùm ancilla* 11. *Cod. quod cum eo.* Sicut & in actione tributoria *l. procuratoris* 5. *§. sed & si ancilla supr. de tribut. act.*

2 ¶ Si iussu meo cum alieno seruo contractum fuerit, cúmque postea redemero: quod iussu non tenebor: ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, euentu confirmetur.

Ad §. 2 Si iussu meo.

RAT. DVB. Quemadmodum ea quæ ab initio valuerunt ex postfacto fiunt inita si ad eum casum peruenerint à quo incipere non potuerunt *l. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil. l. debitor* 82. *de legat. 2.* Ita è contrario dicendum videtur, ea quæ ab initio non valuerunt & inutilia fuerunt posse ex postfacto conualescere si ad eum casum perueniant, à quo incipere potuerunt. Vt contrariorum eadem ratio sit. Atqui si iussu meo cum alieno seruo contraxeris eúmque postea redemero, quamuis ab initio non interuenerint omnia, quæ fuerunt necessaria ad obligandum me actione quod iussu, quia iusseram quidem, sed non etiam eo tempore dominus. Ex postfacto tamen cùm eum redemi concurrunt omnia, quoniam iam seruus meus est nec eo minùs verum manet iussisse me vt cum ipso contraheretur.

DEC. Regula iuris certior est, id quod ab initio non valuit, ex postfacto & tractu temporis conualescere non posse, *l. quod initio* 19. *l. pen. de regul. iur.* quicquid enim geritur necesse est vt valeat & vires habere incipiat eo tempore quo geritur, vel numquam, præsertim cùm de obligatione, & actione inducenda quæritur: id enim est quod solemus dicere in omnibus contractibus inspici præcisè tempus contractus *l. si filiusfamilias* 78. *infr. de verb. oblig. l. Rutilia Polla* 69. *de contr. empt. l. si voluntate* 8. *Cod. de rescind. vendit.* Supradicta verò regula *d. l. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil.* non conuertitur in contrariam propositionem. Sed nec placuit illa omnibus, vt constat ex *l. existimo* 98. *in princip. l. pen. §. 1. inf. de verb. oblig. l. in ambiguis* 85. *§. 1. de regul. iur.* Non placuit certè Papiniano in *l. 5. in fin. ad leg. Falcid.* nec Iustiniano in *§. ex contrario Instit. de legat.* Atqui cùm iussi vt cum alieno seruo contraheretur non potui obligari quod iussu, quia non eram dominus: ergo quamuis posteà contingat fieri me dominum eiusdem serui confirmari tamen ex euentu non potest actio quæ ab initio fuit inutilis, quoniam verba edicti requirunt vt eodem tempore quis & dominus sit, & iubeat tanquam dominus, vt quod est in vulgari nostrorum brocardico qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *l. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.*

3. VLPIANVS libro 2. Responsorum.

DOminum, qui iussit semissibus vsuris, seruo suo pecuniam mutuam credi hactenus teneri, quatenus iussit, nec pignoris obligationem locum habere in his prædiis, quæ non ex voluntate domini obligauit.

Ad l. Domi-

Ad l. Dominum, 3.

RAT. DVB. In eo, quod plus est, continetur vtique quod est minus, *l. in eo*, 110. *de reg. iur.* Plus autem est iubere quem obligari principaliter, quàm obligari accessoriè. Pignoris autem obligatio non nisi accessoria est ad principalem, *l. 5. infr. de pignor.* Ergo qui iubet cum seruo contrahi ad obligandum se in solidum actione Quod iussu, multò magis iussisse & consensisse videtur, vt bona quoque sua à seruo obligarentur.

DEC. Is qui iubet contrahi cum seruo suo tenetur quidem ex eo contractu in solidum, actione Quod iussu, sed quatenus iussit tantùm non vltra, vt diximus ad initium, *l. 1. supr.* Ne alioqui effectus pateat latiùs, quàm sua causa: atqui iussit tantùm contrahi cum seruo suo, nec præterea iussit aut consensit, vt seruus res vllas pignori obligaret. Ergo non tenebitur actione Quod iussu ratum habere pignus, quod inutiliter nullóque iussu aut mandato præcedente dedit. Etsi enim pignoris obligatio tantùm accessoria est, non eò tamen faciliùs sine expressa domini voluntate inducenda est, imò tantò difficiliùs quod sine ea subsistere principalis obligatio commodè potest: nec eius, qui personali obligatione se obstringit, bona quoque obligari necesse est, siue in antecedens, siue in consequens necessarium, nisi vel speciali aliqua vel generali saltem pactione de pignore conuenerit, *l. 1. & pass. de pignor. l. Aristo*, 3. *infr. quæ res pignor. oblig. poss.* Est autem hic locus inter alios tam multos notandus aduersus pragmaticorum & interpretum nostrorum errorem, qui putant bona omnia cuiuslibet debitoris esse ipso iure pignori obligata, quod certè falsissimum est extra eas causas, de quibus in *titul. in quibus causis pign. vel hypoth. contr.* & si quæ sunt aliæ similes, & à nobis ex professo confutatum, in *Error. 1. Chiliadis nostræ de error. pragmat. & interpr. iur.* Consequens igitur est, vt in proposita specie bona domini tanquam aliena, & non ex voluntate ipsius domini pignorata, nullo pignoris vinculo teneantur, *l. & quæ nondum*, 15. §. *quod dicitur infr. de pignor. & tot. tit. C. si aliena res pignor dat. sit.* Ergo nec si procurator, qui mandatum habuit, ad obligandum dominum, non etiam ad bona eius pignoranda, bona domini obligauerit, pignus tenebit, quia mandatum de pignorandis bonis nullum intercessit. Excipiendum est, prǽterquàm si ex loci consuetudine, tacita hypotheca in bonis debitorum omnium ex quacunque causa debitores sint, inducatur, qualem Lutetiæ Parisiorum, vbi hæc scribebamus sine inductam, sine receptam esse, audio. Itémque vt ex quacunque sententia siue ciuili, siue criminali nascatur, hypotheca æquè tacita & iudicialis ex die sententiæ, contra quam iure nostro cautum sit. Ex quo neque iudiciale pignus constituitur, ante captionem pignorum, *l. à Diuo Pio*, 15. §. *si pignora, & sequentibus, de re iudic.* neque prætorium, priusquàm ventum sit in possessionem, *l. non est mirum*, 26. §. 1. *de pignor. act. supr.*

4. IDEM libro 10. ad Edictum.

SI iussu eius, qui administrationi rerum ciuitatis præpositus est, cum seruo ciuitatis negotiū contractum sit: Pomponius scribit, quod iussu cum eo agi posse.

Ad l. si iussu, 4.

RAT. DVB. Eadem solet & debet ratio esse administratorū ciuitatis, quæ tutorum & curatorum, quia & illi curatores quodammodo ciuitatis & reipublicæ sunt, & curatores passim dicuntur, in *l. 2. §. si eo tempore*, vbi malè *creator* pro *curator*, *l. 3. in principio & l. vlt. de administ. rer. ad ciuit. pertinent.* Atqui si curatores, siue adolescentis, siue furiosi, siue prodigi iusserint cum seruo contrahi, datur actio quod iussu non in eos, sed in dominos, *l. 1. §. vlt. supr.* Ergo neq; in administratorem dari debet, id est, in eum qui administrationi rerum ciuitatis præpositus est, etiamsi iussu eius cum seruo ciuitatis contractum sit: sed in ciuitatem ipsam, ne officium suum publicum ei damnosum sit, *l. videlicet*, 29 *supr. ex quib. caus. maior.* Præsertim si ex bona fide & ex ciuitatis vtilitate, quod in dubio præsumendum est cum seruo ciuitatis contrahi iusserit, *arg. l. 2. supr. l. ciuitas*, 27 *supr. de rebus credit.*

DEC. Actione quod iussu is demùm tenetur, qui iussit, aut tanquam dominus, aut tanquam vices gerens domini qui iubere ipse non potuisset. Nam qui nec iussit nec iubere vllo casu potuit, is certè quod iussu conueniri nullo modo potest. Eiusmodi est ciuitas quæ licèt domina sit rerum omnium ad ciuitatem pertinentium, tamen iubere nunquam potest: quia iussus non fit sine voluntate & consensu. Municipes autem & ciues vni consentire non possunt, ideóq; nec per se possidere quicquam posse creduntur, *leg. 1. §. vltim. infr. de acquirend. possess.* Ergo aut administratorem ciuitatis iubere pro ciuitate posse, dicendum est, aut neminem. Non idem in curatoribus furiosi, prodigi & adolescentis iuris est. Possunt enim isti aliquo casu iubere etiam sine curatore, nempe si furiosus ad resipiscentiam, & prodigus ad sanos mores redierit, & minor ad plenam perfectámque ætatem. Ideóque ex iussu huiusmodi curatorum etiam in furiosum, prodigum & adolescentem dari actionem quod iussu absurdum non est, si modò ex eorum vtilitate creditum sit, vt explicauimus ad *l. 2. supr.* Ex iussu autem administratoris nullo casu potest dari actio quod iussu contra ciuitatem, id est nec si in rem ciuitatis versa sit pecunia [quamuis eo casu condici etiam ciuitati possit, *l. ciuitas*, 27. *supr. de rebus credit.* Quæ res actionem quod iussu tantò magis excludit, *leg. prox. in principio infr.*] quia nec vllo casu aut tempore iubere ciuitas ipsa potest. Ergo cum administratore ipso qui iussit, necessariò agendum est quod iussu. Nec distinguimus, vt in tutore & supradictis curatoribus, an ex vtilitate ciuitatis credita sit pecunia nécne, quia tantò magis administratorem teneri æquum est, si non fategerit, vt in rem ciuitatis pecunia verteretur. Exemplo eius quod de actione ista in falsum procuratorem danda scriptum est, in *l. 1. in fin. supr.* licèt administrator ciuitatis, siue quid promiserit, siue solui constituerit, ciuitatis nomine tenetur ex sua expromissione & ex suo constituto, sed ex sua quidem expromissione etiam post depositū officium. Ex suo verò constituto, non item, vt ex Papiniano eleganter scriptum est in *l. 3. §. in eum de admin. rerum ad ciuitat. pertinent.* quo

exemplo, nec actione Quod iussu eum conueniri posse arbitror post depositam administrationē, quia nec aliud facere iussus potest nisi vt contraxisse ipse videatur *l. 1. in princip. supr.* perinde ac si vendidisset aut locasset rem aliquam ciuitatis, quibus casibus non teneri eum post officium depositum scribit Papinianus in *d. § in sum.* Intellige tamen nisi administrator dolo malo quid fecerit, & animo decipiendi creditorem. Impunitum enim dolum illum manere etiam post depositam administrationem iniquum esset *l. 4. §. cùm dominus supr. de noxal. act. l. procurator 11. §. 1. de doli mal. & met. except.*

5. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

SI dominus, vel pater pecuniam mutuam accepturus, iusserit, seruo, filióve numerari: nulla quæstio est, quin ipsi condici possit. immo hoc casu de iussu actio non competit.

Ad l. vlt Si dominus.

RAT. DVB. Qui iubet cum seruo contrahi non alio colore tenetur actione Quod iussu, quàm quia contraxisse ipse videatur *l. 1. in princip. supr.* Ergo non debet actionem Quod iussu impedire quod dominus ipse, vel pater contraxerit, nec quicquam interesse videtur, an pater filio iusserit credi pecuniam, aut dominus seruo: an verò accepturus hic, aut ille mutuam pecuniam iusserit eam filio, seruóve numerari. Et vtroque casu dicendum videtur locum habere actionē Quod iussu, quamuis posteriore etiam condictio certi ex mutuo contra patrem vel dominum dari possit.

DEC. Aliud est patrem vel dominum iubere cum filiofamilias, vel seruo contrahi: aliud verò patrem ipsum vel dominum contrahere, aliud rursum iubere credi seruo, aut filio pecuniam, aliud verò iubere numerari filio aut seruo tuo eam pecuniam, quam tu ipse mutuam accipias. Priore casu dat Prætor actionem honorariam Quod iussu, vt prospiciat creditori, cui aliter consultum esse in solidum non potest. Posteriore verò cùm pater ipse vel dominus contrahat, non indiget creditor actione Quod iussu, cùm habeat ciuilem actionem, & condictionem certi aut ex mutuo, si nulla stipulatio interposita sit, aut ex stipulatione, si qua interuenerit *l. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* Idque est quod sæpius monuimus honorarias istas actiones de peculio de in rem verso, & Quod iussu non competere vbi aliqua alia, siue ciuilis, siue honoraria actio competit contra patrem aut dominum *l. hinc quæritur 19. §. vlt. & l. seq. supr. de pecul. l. penul. §. vlt. supr. de in rem vers.* Maximè verò cùm ciuilis actio competit. Frustrà enim honorariam desiderat qui habet ciuilem *l. 1. de Public. in rem act.* Ergo in specie huius legis cùm dominus, vel pater mutuam pecuniam accepturus iussit seruo, filióve eā numerari, sicuti non dubitatur quin condici ipsi patri vel domino possit. Ita nec quin actio quod iussu, aut, vt Paulus hîc loquitur, de iussu non competat.

1 ¶ Si vnus ex seruis domini iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. sed si duo iusserunt [a] cum quouis in solidum agi potest: quia similes sunt duobus mandantibus.

Ad §. 1. Si vnus.

RAT. DVB. Actio Quod iussu species quædam est actionis De peculio. Datur enim ex contractu filijfamilias & serui, sicut & actio De peculio, & De in rem verso *l. si res 5. §. quod seruus suprà titul. proxim. & institut. titul. quod cum eo qui in alien. potestat. l. 2. suprà eod. ill. titul.* Atqui is qui contraxit cum seruo communi plurium dominorum habet vnumquemque obligatum in solidum etiam de peculio quod penes alium sit, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit *l. & ancillarum 27. §. vltim. supr. de pecul. l. 2. de exercit. action.* Ergo actione quoque Quod iussu singuli domini in solidum teneri debent, nec minùs ille qui non iussit quàm qui iussit: perinde enim verum est qui cum seruo contraxit cum vno tantùm contraxisse.

DEC. Magna hac parte differentia est inter actionem De peculio, & actiones Quod iussu, & De in rem verso, vt diximus ad *l. si in rem 13. suprà titul. proxim.* In actione De peculio idcirco diximus teneri singulos in solidum, quia creditor contrahens cum seruo vniuersum eius peculium vbicumque & vndecumque esset, intuitus est tanquàm proprium ipsius patrimonium *dict. §. vltimo, l. & ancillarum, & l. si ex duobus 32. in princip. eodem titul. de pecul.* At is qui agit Quod iussu, non aliam personam ex pluribus dominis intueri potuit, quàm illius solius qui iussit, & cùm is qui iubet contrahere videatur non etiam is qui non iubet, perinde habendus est creditor quod ad hanc actionem De iussu pertinet, ac si non tam cum seruo ipso, quàm cum eo domino qui iussit, contraxisset: sicut & qui De in rem verso agit, eo colore agit quasi cum eo contraxisse videatur is, in cuius rem versum est, *l. 1. in princip. supr. titul. proxim.* Ergo nihil causæ est cur ille ex dominis, qui non iussit, teneatur quod iussu ex persona & facto iubentis, nec rursus, cur de in rem verso teneri debeat ille in cuius rem nihil versum est ob id solùm quod in alterius rem ex dominis versum sit, *d. l. si in rem.* Excepto casu *l. interdum 14.* vbi etiam diximus *supr. tit. prox.*

a *Sed si duo iusserunt.* RATIO DVBITANDI. Cùm duo domini iusserunt contrahi cum seruo communi, nec adiecerunt, ita vt vnusquisque eorum in solidum tenerentur, fierentque correi debendi, non videntur obligari, nisi in viriles argumen. *l. reos 11. §. cùm tabulis, infrà, de duobus*

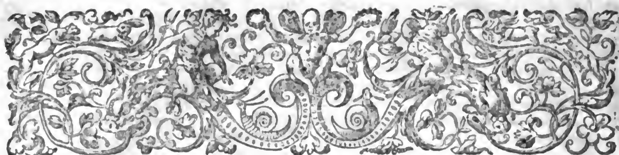
reis

rei. Ergo non cum quouis eorum in solidum agi potest.

DEC. Qui iusserunt, similes sunt mandatoribus. Quid enim aliud est iubere quàm mandare? vt diximus ad *l.1.§.sed etsi mandauerit supr. hoc titul.* In mandatoribus autem olim ius singulare fuit, quod & à Iustiniano confirmatum est in *l.vlt.Cod.de fideiuss.* non solùm, vt singuli obligentur in solidum: nemo enim pro parte mandat, sed vt nec vnius electione, aut contestatione alter liberetur, sed sola solutione, *l.amissi 52.§.vltim.infr. de fideiuss.* quod in correis debendi & fideiussoribus diuersum erat, vt ibidem Iustinianus scribit. Cùm ergo is qui solus iussit in solidum obligetur, scilicet quatenus iussit *dict. l. 1. supr.* quidni & plures, siue simul, siue separatim iubentes, in solidum quoque singuli tenebuntur? Aut cur vnius obligatio ex alterius obligatione & accessione diminuetur?

FINIS LIBRI DECIMIQVINTI.





ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA, IN LIBRVM DECIMVM SEXTVM PANDECTARVM.

Ad TIT. I.

Ad Senatusconsultum Velleianum.

1. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

VELLEIANO Senatusconsulto plenissimè comprehensum est, ne pro vllo fœminæ intercederent.

1 ¶ Nam sicut moribus ciuilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudúmque ministerium eorum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.

Ad leg. I.



RAT. DVB. Interest maximè mulierum, vt ex contractibus omnibus, & ex intercessionib. quoq; suis, perinde ac masculi obligentur, ne alioquin velut commercio eis interdici videatur, vt de minoribus scriptū est in *l. quod si minor 24. §. non semper sup. de minor.* & de militibus in *l. ratas 7. C. de resc. vend. iunct. l. Diuus Traianus 24. infr. de testam. milit.* ergo non debuit Velleiano Senatusconsulto induci, ne pro vllo fœminæ intercederent.

DEC. Sicuti iure non tam legibus constituto, quàm moribus Romanorum recepto ciuilia officia adempta sunt fœminis: & ideo nec iudices esse possunt, *l. cum prætor. 12. §. fin. supr. de iud.* nec arbitrium suscipere, *l. fin. Cod. de recept. arbitriis,* nec magistratum gerere, nec postulare, nec procuratores consistere, *l. 2. de regul. iur. l. 1. §. secundo loco sup. de post. l. neque fœminae 54. sup. de procur.* Adeò vt si tale quid mulier fecerit, ipso iure non valeat, nisi interueniente rescripto Principis, vt olim ad tutelam liberorum suscipiendam *l. vlt. infr. de tutel.* aut ex alia iusta causa, vt in *l. fœminas 41. supr. de procurat.* Idque propter verecundiam sexus muliebris, quę non patitur, vt se publicis officiis & negotiis immisceant, ita multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola earum opera, nudúmq; ministerium versaretur: sed etiam periculum rei familiaris quod manifestè incurrunt fideiubendo, & quoquo modo aliter interueniendo siue pro marito, siue pro extraneo: vetus enim verbum est, & verum *sponde præsto noxa est.* Benè igitur Senatusconsulto Velleiano plenissimè comprehensum est, ne pro vllo fœminæ intercederent, id est, non magis pro extraneo, aut pro alia fœmina, quàm pro marito, vt Paulus scribit *l. 2. sentent. tit. 2. §. 1.* Id enim est quod significat verbum *plenissimè* ad differentiam edictorum Augusti & Claudij, quibus cautum erat duntaxat ne pro viris intercederent, nō etiam ne pro aliis, vt scriptum est in *l. proxima in princ. infr.* neque tamen hoc ita accipiendum est quasi ipso

ipso iure tutę sint mulieres: indigent enim exceptione Velleiani, vt eo Senatusconsulto iuuentur *l. vlt. §. pen. & pass. hoc tit.* neque rursum, ita vt nullo penitus casu salua sit mulieribus intercedendi facultas: varij enim sunt cas⁹; in quib. etiā hodie permissę sunt mulierum intercessiones, quas omnes Accurs. hic congerit, nempe si intercesserit mulier ad pecuniam pro libertate danda *l. pen. C. hoc tit.* aut pro dote *l. vlt. eod.* aut accepto pretio pro intercessione *l. antiqua 23. eod.* Item si decipiendi animum gerant, vt in *l. proxim. §. verba vtque. & l. si decipiendi 30. infr. hoc tit. l. fœminis 18. Cod. eod.* Item si cauerit secundo & post biennium *l. si mulier 22. eod. tit.* aut si in rem suam *l. 3. l. aliquando 13. infr. hoc tit.* Denique cum pro eo intercessit, cui postea heres extitit *l. quamuis 8. §. plane si mihi 13. infrà.*

2 ¶ Æquum autem visum est, ita mulieri succurri, vt in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, ᵃactio daretur. magis enim ille, quàm creditor mulierem decepit.

Ad §. 2. Aequum autem visum est.

RAT. DVB. Actio semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.* præsertim nullo interueniente facto debitoris qui fuit liberatus: nemo enim aut ignorans, aut inuitus obligatur, *l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & act.* Atqui ponimus mulierem ita intercessisse pro alio debitore, vt alius ille fuerit liberatus quod contingit facta nouandi animo intercessione, vt bene Accursius explicat. Ergo quantumuis mulieri per Senatusconsultum succurratur; non potest in veterem debitorem actio pristina restitui.

DEC. Neque Principis, neque Senatus, neq; Prætoris officia debent alij esse captiosa *l. ex facto 43. infr. de vulg. & pupill. subst. l. Paulus notat 8. de Prator. stipul. l. nec auus 4. C. de emanc. liber. l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* ne scilicet vnde iura nascuntur, indè iniuriarum nascatur occasio *l. meminerint 6. C. vnde vi.* Atqui beneficium & auxilium Senatusconsulti de intercessionibus mulierum captiosum esset creditori, qui contemplatione intercedentis mulieris debitorem suum liberauit, si non restitueretur ei actio aduersus debitorem, quia maneret in damno amissa per renouationem vetere actione, & noua inefficaci constituta propter Senatusconsulti exceptionem. Ergo æquum est ita mulieri succurri contra eum, apud quem intercessit, vt creditori pristina sua actio restituatur aduersus veterem debitorem, cui nulla certè in eo fit iniuria, quippe qui non esset liberatus si mulier non intercessisset præter id quod magis ille decepit mulierem, quàm creditor: nam & creditoris parũ intererat, vtrum haberet debitorẽ, at debitoris intererat vt liberaretur, nec vllũ haberet creditorem: neque tamen existimandum est resuscitari hoc casu actionem ipso iure quod fieri certè non potest *d. §. aream.* Non enim resuscitatur, sed restituitur, & quidem eiusdem Senatusconsulti authoritate, quò mulieribus subuenitur: ideoque dicitur actio restitutoria & vtilis in *l. quamuis 8. §. si conuenerit, & seq. & pass. infr. hoc tit.* de quo diximus ad *leg. 4. supr. de condit. caus. dat.*

a *Aut in eum qui pro se constituisset mulierem ream.* RAT. DVB. Is qui pro se constituit mulierem ream, & expromissorem eam dedit, nunquam fuit obligatus. Ergo quamuis mulieri succurratur, data ei exceptione Senatusconsulti: non ideò tamen æquum est dari in eum actionem qui nunquam fuit debitor.

DEC. Vbi eadem ratio æquitatis vrget, idem quoque ius constituendum est *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de minor. rupt.* Atqui eadem ratio æquitatis locum habet ad obligandum eum qui mulierem pro se ream cõstituit quæ ad restituẽdam actionem contra veterem debitorem, quia sicut hic non fuisset liberatus, si mulier pro eo non intercessisset, ita fuisset ille obligatus, si mulierem pro se ream non dedisset: ergo æquum est in eum quoque actionem dari, quę tamen non tam restitutoria, quã institutoria dici debet: quia instituit magis, quã restituit actionem *d. l. quamuis 8. §. si cùm essem infr.* sed quæ tamen perinde vtilis actio dicitur in *d. §. si conuenerit ead. leg. iunct. l. quidam 29. infr. eod. tit.* ex qua lege apparet non adhiberi hoc casu distinctionem an creditor mulierem intercedere sciuerit, an ignorauerit: omni enim casu sicuti mulieri contra creditorem succurritur, ita & creditori cõtra debitorem.

2. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ET primò quidem temporibus Diui Augusti, mox deinde Claudij, edictis eorum erat interdictum, ne fœminæ pro viris suis intercederent.

1 ¶ Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissimè fœminis omnibus subuentum est. cuius Senatusconsulti verba hæc sunt: *Quod Marcus Silanus & Velleius tutor consulet verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis reæ fierent, qui de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt. Quod ad fideiussiones, & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminæ, pertinet: tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, néve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & eius generis obligationibus obstringi non sit æquum: arbitrari Senatum, rectè atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam vt in ea re Senatus voluntas seruetur.*

Ad leg. 2. Et primo quidem.

Refert hic Iureconsultus edicta Imperatorum Augusti & Claudij, quibus ante Senatusconsultum

Velleianum fuerat cautum mulieribus, sed minùs plenè cùm iis edictis prohibitum esset duntaxat, ne vxores pro viris intercederent, etsi durum videbatur, vt deterior esset condicio maritorum, quibus omnia & pietatis & amoris officia ab vxoribus debentur, inter quæ non minimum illud erat, vt intercederent & fideiuberent cùm plerumque difficillimum sit inuenire fideiussorem *l.2.§.pen.supr.de iudic.* Illam tamen habebat rationem, quod quantò faciliores esse solent mulieres ad intercedendum pro maritis siue amore nimio, vt in *l.1.infr.de donat. inter virum & vxor.* siue metu & reuerentia maritali, vt in *l.1.§.quæ oneranda infr.quar.rer.act.non det.l.penu.infr.de furt.* Tantò districtiùs prohibendum iis fuit, ne pro viris intercederet si quidem maius periculum rei familiaris in eo versabatur, solétque legislator ciuilis, vbi maius videt imminere periculum, ibi maiorem quoque præcautionem adhibere, vt difficilius fieri possit, quod alioquin facilius fieret. Eiúsque rei luculentum exemplum extat in *l. Iulia de fundo dotali*, quæ fundi dotalis alienationem marito permisit consentiente muliere: oppignerationem verò, illa etiam consentiente, prohibuit *l.vnic.§.& cùm lex Iulia C.de rei vxor.act. & tit.quib.alien.lic.* vel non in *prin.* nempe quod mulier, vt marito morem gereret, facilius oppignerationi, quæ minoris erat præiudicij, quam alienationi consensura esse crederetur, sed vt pleniùs ac plenissimè mulieribus consuleretur, prospiciendum fuit, quod Senatusconsulto Velleiano primum inductum, vt non magis pro aliis personis; quàm pro viris intercedere mulieres possint. Remãsit tamen ex primo illo iure, vt etiam hodie districtiùs prohibeantur mulieres pro maritis, quàm pro aliis intercedere postquam Iustiniano placuit *Nouell. vt null.iud.§.& illud quoque vnde sumpta est Auth. si qua mulier C. hoc tit.* vt etiamsi post biennium mulier pro viro intercesserit, adeoque sæpiùs ac sæpiùs eam intercessionẽ repetierit, nullomodo tamẽ obligetur, sed pro non scripto quicquid aduersus eã constitutionem scriptum aut dictum est, habeatur, quod in cæteris mulierum intercessionibus diuersum est *l.si mulier 22.eod. tit.* Ideoque bene nostri interpretes vulgò tradunt mulierem quæ Senatuscõsulto Velleiano ritè rectéque renunciauerit, non eo magis tamen prohiberi Iustinianeæ constitutionis beneficium, cui non renunciauerit implorare tanquam quod plenius sit, & potentiùs. Iidem tamen malè meo iudicio existimant permittendum esse mulieri, vt dictæ constitutioni renunciet: si enim quicquid fit à muliere intercedente pro marito habendum est pro non scripto, vt Iustinianus voluit, quî fieri potest vt ea valeat renunciatio? tametsi Velleiano renũciari posset quamquam ne hoc quidem ex ratione iuris defendi posse arbitror: alioquin quid erit faciliùs quàm huiusmodi renunciationibus exquisitis ex Senatusconsulto & legi Iustinianeæ illudere. Constat autem ea omnia quæ in fraudem legis aut Senatusconsulti quod de intercessionibus fœminarum factum est, cogitata probari possunt, rata haberi non oportere *l.quidam 29. in fin.infr. hoc tit.* sed de eo dicemus latiùs ad *l.pen.§.pen.infr.*

a *Quod Marcus Syllanus & Velleius author consules.* Hinc apparet Senatusconsultis antiquis indita fuisse nomina non ab eo qui primus Consul, sed qui Senatusconsulti author fuisset, sic Senatusconsultum Trebellianum à Trebellio Maximo nomen sumpsit, non ab Anneo Seneca, qui eodem anno cũ Trebellio Consul fuit *l.1.in princ.inf.ad SC.Trebell.* sic & Syllanianum à Syllano eodem fortasse, cuius hic mentio fit, & lex Velleia de qua in *l.Gallus 29. §.nũc de lege infr.de liber. & posth.* à Velleio nostro. Ab his verò verbis incipit Senatusconsultum vsque ad *§.prox.* non ab illis quæ sequuntur quo ad fideiussiones, vt malè post Hugolinum sentire videtur Accursius, quamuis propositionem & orationem à Consulibus factam duntaxat contineant, non etiam Senatus sententiam & decretum.

RAT. igitur DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad initium legis præcedentis.

b *Tametsi ante videtur ita ius dictum esse*, his verbis innuit Vlpianus iam antequàm Senatusconsultum fieret, ita ius Romæ dici solitum à prætoribus, vt actionem non darent cum effectu aduersum mulieres, quæ pro aliis etiam non maritis intercessissent protracta scilicet per interpretationem ad hũc quoque casum edictorum Augusti & Claudij potestate, quasi eadem vrgente æquitatis & publicæ vtilitatis ratione, vt solent Iureconsulti quoties aliquid ex æquitate introductum est producere legem ad similia, & cętera quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel certa iurisdictione supplere *l. nõ possunt 2. & seq. supr. de legib.* quod itaque in prætorũ arbitrio & potestate positum erat, Senatus transtulit in iuris ita dicendi necessitate. Quod tamen hic refertur antea ius ita dictum fuisse, ne actio petitione in mulieres daretur, quæ pro alio intercessissent, non sic accipiendum est, quasi ipso iure ex intercessione non obligentur: sed ita, vt si conueniantur tuendæ sint per exceptionem quomodo Bartol. benè explicat: nam & eodem modo concepta sunt & intelligenda verba Senatusconsulti Macedoniani, vt vidimus in *l.1.supr.illo titulo.*

c *Cum eas virilibus officiis fungi.* Est igitur virile officium & extra muliebris sexus verecundiam & imbecillitatem positum pro aliis fideiubere, aut quouis modo intercedere, neque enim quisquam id facere potest, nisi qui se negotijs alienis immisceat quod in muliere, non modò inuerecundum, sed etiam periculosum propter fraudes, quibus huiusmodi sexus infirmitas exposita est, vt subiicitur in *§. seq.* quomodo & de minorum ætate scriptum est in *l.1.sup.de minor.*

2 ¶ Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, priùs prouidentia amplissimi ordinis laudata: qua opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis.

3 ¶ Sed ita demum eis subuenit[a], si non callidè sint versatæ. hoc enim Diuus Pius, & Seuerus rescripserunt. nã deceptis, non decipientib. iura opitulatur, & est Græcum Seueri tale rescriptum, Ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶ τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ. id est, *Decipientibus mulieribus Senatusconsultum auxilio non est.* infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demit.

Ad §.

Ad §.2. Verba itaque.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad *l.1. in princ. sup.* ᵃ*Sed ita demum eis subuenit.* RAT. DVB. Senatusconsulti verba generalia sunt & indistinctè sic concepta, vt omnes mulierum intercessiones comprehendant: non igitur debet haberi distinctio, an callidè versata sit, vt creditorem deciperet, an verò decepta sit *l. de pretio 8. sup. de in rem act. l.1. §. & generaliter infr. de leg. præst.* Præsertim cùm hæc facti quæstio non nisi ingentem litis materiam præbere possit, & ita fecere, vt vix vnquam certò sciatur an Senatusconsulto locus sit nécne: facti enim quæstio illa est & consequenter posita in arbitrio & religione iudicantis *l.1. §. sed non vtique vers. quorum alterutrum infrà, ad SC. Tertyl. l. ordine 15. infr. ad municip.*

DEC. Non tam inspiciendum est quid Senatusconsultum instituerit, quàm qua mente & ratione, ne quod summa æquitate constitutum est, tractatur facilè ad iniuriam. Atqui infirmitas fœminarum illa est, quæ Senatusconsulti auxilio meruit, non earum calliditas, bene igitur ab Imperatoribus cõstitutum est, deceptis mulieribus non decipientibus succurrendum esse *l. si decipiendi 30. infr. hoc tit. l. si sine 5. & l. fœminis 8. C. eod.* Nam & in aliis iuris partibus idem euenit, vt decipientibus nunquam subueniatur *l.2. & 3. C. si min. se maior. dixer. l. mulier 2. C. de distr. pignor. l. in eo 110. §. vlt. de reg. iur.* vbi scriptum est, mulieribus tunc succurrendum est, cùm decipiuntur (ita enim legendum est) non vt faciliùs calumnientur. Porrò intelligitur mulier decipiendi animum habere, non cùm scit se tenere: creditor autem ignorat, sed cùm fingit se pro alio non intercedere, & ne rem suam, vt creditorem decipiat, qui alioquin eam admissurus & contracturus non fuisset, vt in legibus suprà dictis: vnde exempla petenda sunt, quamuis verum sit creditorem non decipi à seipso, cùm scit mulierem non teneri siue mulier sciat siue ignoret *l. nam si scit 26. supr. de rei vind. l.1. in fin. infr. de act. empt.* iunge *l. vir vxori 17. in princ. & d. l. si decipiendi 30.* vbi dicemus *inf. hoc titul.*

4 ¶ Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur: siue verbis, siue re, siue quocumque alio contractu intercesserint.

Ad § 4. Omnis.

RAT. DVB. Verba Senatuscõsulti non loquuntur, nisi de fideiussionibus & mutui dationibus, vt apparet ex Senatusconsulto ipso, vt Vlpianus refert in principio huius legis. Atqui fideiussiones quidem non nisi verbis, & per stipulationem contrahuntur *l.5. §. satis acceptio infr. de verb. oblig. l. blanditus 2. C. de fideiussor.* mutui autem dationes non nisi re, & traditione *Inst. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* at plerique alij contractus sunt, qui neque re, neque verbis perficiuntur: sed aut consensu, aut literis *tit. de oblig. instit.* Ergo non omnes mulierum obligationes Senatusconsulto Velleiano improbantur, sed eæ tantùm, quæ aut re, aut verbis fiunt: quamquam nec omnes quæ verbis fiunt, sunt fideiussiones: nam & expromissiones & delegationes verbis contrahuntur *l. delegare 2. §. passim infr. de nouat.* & tamen non sunt fideiussiones.

DEC. Ratio Senatusconsulti generalis est propter quam subueniri æquum fuit mulieribus quoquo modo pro aliis intercedentibus, tantoque magis si color aliquis quæsitus sit, ne mulier quæ reuera intercessit, intercessisse tamen videatur, quia scilicet nullo modo ferendum fuit, vt alienam obligationem mulier in se susciperet, ex qua periculum aliquod rei suæ familiaris posset incurrere; vt dictum est in præcedentibus, siue post alium, siue pro alio ipsa primum intercesserit *l. quamuis 8. §. si cum essem infr.*

5 ¶ Sed etsi mulier defensor alicuius exstiterit, proculdubio intercedit. suscipit enim in se alienam obligationem. quippe cùm ex hac re subeat condemnationem. proinde neque maritumᵃ, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere.

Ad §. vlt. Sed etsi mulier.

RATIO DVB. Mulier quæ alium etiam extraneum in iudicio defendit, neque re obligatur, neq; verbis, neque literis, neque consensu, neque cùm eo contrahit, aut quasi contrahit quem defendit, sed cum actore ante litem contestatam: ergo vel hic saltem casus excipiendus est à sententia non minùs quàm à verbis Senatusconsulti.

DEC. Is qui alterius defensor existit, siue vltro se liti offerat, nec mandato aliquo interueniente hoc ipso transfert in se obligationem eius personæ quam defendit, quasi cuiusdam delegationis potestate *d. l. delegare §.1. de nouat.* Ideoque liberat hoc ipso eum quem defendit *l. solutione 23. infr. de solut.* & ex ea causa suo nomine condemnationem subit quam alius subiret, si non defenderetur *l.3. §. idem scribit sup. de pecul. l. qui seruum 20. vers. nisi quasi defensor supr. de interrog. in iur. faciend. l. Plautius 41. supr. de procur.* defendere siquidem quid est, nisi eandem rei vicem subire *l. minor 51. §. vlt. supr. de procurat.* suscipit ergo mulier in se alienam obligationem quoties alium iudicio defendit, non minùs quàm si pro eo fideiuberet, proinde æquum est eam Senatusconsulto similiter adiuuari.

a *Proinde neque maritum.* RAT. DVB. Etiam fœminis permittitur agere pro coniunctis personis sine mandato, puta prò marito vel patre vel filio *l. fœminas 41. iunct. l. sed & hæ personæ l. Pomponius 40. §. vl. supr. de procu. l.3. §. cũ verò de libe. caus.* ergo multò magis permittendum est, vt pro huiusmodi personis iudicium suscipiam, cùm fauorabilior semper sit defensio quàm actio.

DEC. Faciliùs permittendum est mulieri pro cõiunctis personis agere quàm eas defendere, quia in agendo nullum rei familiaris periculum versatur: nemo enim agendo subit condemnationem quam subit, vt diximus, ille qui alium defẽdit solus, siquidem reus condemnatur: actor verò non condemnari dicitur, sed summoueri, quamquam nec fœmi-

nis passim permittitur agere pro marito, vel pro patre, vel pro filio: sed ita demùm si has personas vel morbus, vel alia ratio impediat, ne agere possint, nec alium habeant qui pro his possit agere *d.l. feminas*: nec enim possunt fœminę procuratores vel quasi procuratores existere, vt diximus ex *l.2. de regu. iur.* quare nec permittendum eis esset alium defendere nisi se vltro liti offerrent *d.l. Plautius*, quæ res facit, vt non eo minus condemnari deberent, & quidem suo nomine, nisi per Senatusconsultum eis subueniretur. Ideoque non aliter admittenda est mulier ad defensionem alterius, quā si caueat se exceptione SC. nō vsurā *l.vl.§.pe.inf.hoc ti.* quod si nō fecerit, procul dubio iuuabitur Velleiano, vt in hoc §. scriptū est.

3. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat (veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fideiussorem suum defendat) intercedere videtur.

Ad l.3 Sed si eum.

RAT. DVB. Etiam cùm mulier defendit eum, qui damnatus regressum ad eum habiturus est: perinde tamen verum est susceptam ab ea esse alienam obligationem, cùm ex ea defensione condemnationem subeat, vt in specie *§. vlt. l. praced.* Ergo perinde iuuari debet Velleiano.

DEC. Non iuuatur Velleiano mulier, quæ reuera suam obligationem suscipit, licèt prima facie videatur suscipere alienam, quod accidit, quoties in rem & vtilitatem suam intercedit, *l. aliquando, 13. in prin. l. si pro aliquo, 21. infr. hoc tit. l.2. C. eo. l. de die, 8.§.1. supr. qui satisd. cogant.* Atqui cùm mulier defendit venditorem hereditatis sibi venditæ, intercedit quidem, sed in rem suam, *d.§.1.l. sed si fideiussor, 24. supr. de pact.* Ergo nec intercedere videtur quod pertinet ad hoc Senatusconsultum: nec enim prohibentur mulieres negotia sua gerere & curare, sed tantùm rei suæ familiaris periculum pro aliis incurrere *l. vir vxori 17.§. vl. inf.* Malè verò hic quidam monent legendum esse *veluti cum emptorem hereditatis à se vendita*, quasi venditor hereditatis non habeat regressum in emptorem, sed emptor in venditorem *arg. l. si tibi 17.§. pactum*, & de his quod dictum *supr. de pact.* nam imò verò habet regressum aduersus emptorem actione ex vendito si fortè creditoribus hereditariis soluerit *l.2. C. de hered. vel act. vend. l.2. Cod. de pact.* nec contra scriptum est in supradictis legibus.

4. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si ego cum muliere ab initio contraxerim, cùm ignorarem, cui hæc factum vellet: non dubito, Senatusconsultum cessare, & ita Diuus Pius, & imperator noster rescripserunt.

Ad l. 4. Sed si ego.

RAT. DVB. In omnibus potissimum rei effectus spectandus est *l.1.§.1. sup. quod quisque iur. l. penult. §. docere sup. ne quis eum qui in ius vocab. l. debitor 52. versic. videamus inf. Ad Senatuscons. Velleian.* Ergo cùm quæritur, an mulier iuuari possit Velleiano, illud tantum inspiciendum est, an effectu intercedat pro alio & ex postfacto: non autem an ab initio.

DEC. Nihil potest imputari creditori qui ab initio cum muliere contraxit & eius personam bona fide secutus est: alioqui nemo cum fœminis contraheret, quia ignorari potest quid acturæ sint, imò nec aliter locus est Senatusconsulto, quàm cùm sciat creditor mulierem intercedere *l. si mulier tanquam 2. & l. seq. l. bona fide 27. infr. hoc tit.* & in contractibus omnibus placet initium inspici debere potiùs quàm euentum *l. si tantum 12. supr. de SC. Maced. l.1.§. si seruus infr. depos. l. si procuratorem 8. in princ. infr. mand. l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Maximè cùm tractatur de opponenda exceptione aduersus eum cui aliquid imputari potest: non enim ex euentu potest in culpam incidere is qui ab initio bona fide contraxit, cùm nemini possit imputari si non diuinauerit *l. si putator 31. supr. ad l. Aquil. l. si fideiussor 29.§. si cùm debitor inf. mand.* maximè verò rem futuram *l. sed & si 28.§. vlt. sup. de iudic.* & ex alieno arbitrio pendentem *d.l. si mulier*, & verò præsumendus est quilibet suum negotium velle gerere potiùs quàm alienum *l.4. inf. de solut.* Cùm verò hæc lex & supradictæ omnes loquantur de creditore ignorante, miror Accursium hic scribere idem esse in sciente ex *l. si fœnebris 13. C. hoc tit.* Loquitur enim illa lex de muliere non quæ interposita fuerit à marito, si pecuniam pro eo mutuam acciperet, atque ita intercideret: sed quæ sponte & suum negotium gerens mutuum accepit ea mente, vt in vsus mariti postmodum illam conuerteret, quo casu intercedere non videtur, vt bene interpretatur Cuiacius *tract. 4. ad African. ad l. vir vxori 17. inf. hoc tit.* non enim ad intercessionem sufficit, vt mulier ea mente pecuniā accipiat quasi in vsus mariti erogatura, nec si creditor id sciat, sed necesse est, vt eo tempore quo contrahit interposita sit à marito, vel ab alio, vt contraheret, eamque interpositam esse non ignoret *l. imò tunc locus 12. & d.l. vir vxori infr. hoc tit.* aliud est in eo qui contra Senatusconsultum Macedonianum filiofamilias pecuniam credidit, aut cum minore quem fortassis maiorem putabat, contraxit *l. 1. & 3. sup. de SC. Mace. l. aut prætor 7. iunct. l. in causæ 13.§. interdum & §. vlt. sup. de minor.* Debent enim mulieres esse diligentiores, vt inquirant de condicione eius cum quo contrahunt *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* non etiam is qui contrahit cum muliere: nec enim cum mulieribus contrahere omnimodo prohibitum est, sed ita demùm si intercedant & eas intercedere sciat creditor *d.l. imò 12. & l. praced. infr.* nec tam diligēs esse debet creditor ne curiosus videatur *l. doli 19. ad fin. de nouat.* nisi cum alienam obligationem mulier in se transfert *d.l. vir vxori 17. in fin. princ. infr.* Denique non per omnia habenda est mulier loco minoris circūscripti, inquit *l. vl. in princ. infr.* Barto. hic suo more distinguit, sed malè.

Ad

1 ¶ Proinde si dum vult Titio donatũ, accepit à me mutuã pecuniam, & eam Titio donauit: cessat Senatuscõsultum. Sed etsi tibi donatura,[a] creditori tuo nũmos numerauerit: non intercedit. Senatus enim obligatę mulieri succurrere voluit, non donanti hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

Ad §. 1. Proinde si dum vult.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad præcedentem: videbatur enim mulier intercessisse, quæ mutuã pecuniam à me acceperat, vt eam Titio donaret, si modo Titio donauerit: sed tamen contra est, quia non fuit interposita mulier à Titio, qui totum mulieris negotium & propositum ignorauit: nec si sciuerit creditor acceptam mutuam ea mente à muliere pecuniam *d. l. si fœnebris 13. C. hoc tit.* quia non ideò videtur eam intercedere, quæ nec reuera intercedit. Aliud ergo est si Titius & eam donationem à muliere pecuniam non habẽte extorqueret, eam interposuerit, vt mutuam pecuniam acciperet, quam postea donare posset.

a *Sed etsi tibi donatura.* RAT. DVB. Nihil interesse videtur, an mulier tibi donatura creditori nummos numerauerit, an verò à te delegata sit, vt creditori tuo solueret: vtroque enim casu liberaris perinde ac si creditori tuo soluisses, atqui mulier siue delegauerit, siue delegata sit, intercedit *l. quamuis §. si mulier & seq. infr.* Ergo dicendum est perinde vtroque casu Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatus obligatæ duntaxat mulieri succurrere voluit: non autem donanti, aut etiam quouis modo patrimonium suum diminuenti *d. l. quamuis §. planè si mulier infr.* nempe quia faciliùs se obligat mulier cùm alicui donat, cùm mulierum genus sit auarissimum in donando *l. si stipulata 33. §. 1. infr. de donat. inter vir. & vxor. l. si à sponso 16. §. quod si sponsa C. de donat. ant. nupt.* nam nec in masculis facilè capiẽda est donationis præsumptio *vulg. l. cùm de indebito 25.* quia donare perdere est *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* nisi cùm iusta & probabilis affectio donationis præsumptionem inducit, puta patris erga liberos, vt in *l. vlt. C. de natur. liber. & in l. 2. Cod. de bon. quæ liber. l. Nesennius 34 supr. de neg. gest.* vel coniugis erga coniugem *l. 1. & pass. de donat. int. vir. & vxor. l. 2. Cod. de dot. caut. non numer. l. 1. §. sed etsi non mortis infr. de tutel. & rat. distrah. l. cùm plures 12. §. 1. infr. de administr. tutor. l. Aquilius 27. infr. de donat.* aut nisi cum impudica aliqua affectio donationem elicit, vt in *l. affectionis 5. eod. tit.* quos omnes casus hic noster Accursius cõgerit. Porrò quemadmodum faciliores sunt mulieres ad se obligandas, quàm ad diminuendum patrimonium, quia scilicet in contrahenda obligatione nulla dum patrimonij diminutio sentitur: ita districtius prohibendum fuit mulieribus, ne pro alio se obligarent, quàm vti ne alij donarent, vt diximus ad *l. 1. supr.*

5. GAIVS libro nono ad Edictum Prouinciale.

NEc interest, pecuniam soluendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det. nam etsi vendiderit rem suam,[a] siue pretium acceptum pro alio soluit, siue emptorem delegauit creditori alieno: non puto, Senatusconsulto locum esse.

Ad l. Nec interest 5.

RAT. DVB. Ex contractu dationis in solutum nascatur obligatio, & ex alio quolibet contractu valido, quæ impedit, ne rem quam dedit mulier in solutum pro alio possit repetere: alioqui non esset contractus, si non esset obligatorius *l. iurisgentium 7. in princ. §. 1. supr. de pact.* Atqui SC. Velleianum succurrit mulieri obligatæ, vt scriptum est in *§. præced.* Ergo SC. iuuari potest etiam mulier, quæ pro alio rem suam in solutum dedit, in quo differt à muliere quæ pecuniam suam soluendi causa pro alio numerauit: illa enim nullo modo obligatur, sed tantum liberat debitorem, pro quo soluit, proinde non videtur bona quæ hic fit à Caio comparatio.

DEC. Senatus obligatæ duntaxat mulieri succurrere voluit, non etiam donanti, aut aliter patrimonium suum diminuere volenti: faciliores enim sunt mulieres, vt pro alio se obligent, quàm vt donẽt, aliterue patrimoniũ suum diminuant quomodo scriptum est in *l. superiore & in l. quamuis 8. §. planè si mulier infr. eod.* atqui mulier quæ pro alio rem suam dat in solutum non se obligat ad soluendum, sed iam soluit perinde ac si pecuniam numerasset, quãuis contractus ille sit ita obligatorius, vt pœnitentiam non possit admittere: ergo non magis potest iuuari mulier hoc casu Velleiano, quàm si pecuniã numerasset: quid enim datio in solutum nisi solutio est, hac sola differentia quod solutio fit eius ipsius rei quę debentur: datio autem in solutum vnius rei pro altera, sed creditore consentiente *l. eum quibus & l. seq. C. de solut.*

a *Nam etsi vendiderit rem suam.* RAT. DVB. Cùm mulier rem suam vendidit siue pretium acceptum pro alio soluerit, siue emptorem creditori alieno delegauerit, ex euentu apparet factam esse intercedẽdi animo venditionem ac proinde SC. locum esse debere quasi in fraudem SC. quæsito venditionis colore *l. quidam 29. in fin. infr. eod.* omnis enim omnino obligatio SC. Velleiano cõprehẽdtur suis verbis siue re, siue quocunque alio contractu intercesserit *l. 2. §. vlt. sup.* DEC. Quemadmodum solutione finitima & simillima est datio in solutum, vt proximè diximus: ita & venditioni *l. si prædia 4. C. de euict.* ergo quod suprà dictum est de muliere rem suam dante, ne solutum pro alio dicendum est etiam de muliere rem suam vendente, vt ex pretio quod acceperit vel per delegationẽ debitoris alieno soluat creditori: nam & hæc quoq; per venditionẽ patrimoniũ suum diminuit: non autẽ se obligat *l. 4. §. vlt. C. eod.* vbi dicitur, nec si pro marito pecuniã pretij soluerit, succurrendũ tamen ei esse: emptor enim bona fide personam mulieris in contrahendo secutus ob ea quæ inter virũ & vxorẽ accepta pecunia gesta sunt exceptione summouerinõ debet *l. bona fide 27. inf. hoc tit.* nec distinguimus an mulier in hoc vendiderit, vt pecuniã pro marito solueret, nécne, si modo creditor ignorauerit in quam causam mulier contraheret *l. vir vxori 17. in princip. infr. & l. prox. sequent. in fine,*

Ergo quod mulier, quæ vendidit, aut in solutum dedit pro alio soluit, non repetet, neque ab eo cui soluit, quia suum recepit, *leg. petitio*, 44. *suprà de condict. indebit.* neque ab eo pro quo soluit, si donandi animo id fecerit, nec donationem quidquam impediat: alioqui actionem mandati habebit aut negotiorum gestorum, cum indemnitate consequenda, *l. si mandato*, §. 1. *infrà mandat.*

6. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI fideiussores pro defensore absentis filij, ex mandato matris eius, intercesserint: quæritur an etiam his senatusconsulto subueniatur. ait Papinianus libro nono Quæstionum, exceptione eos vsuros. nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt cum contemplatione mandati matris interuenerunt. planè (inquit) si, qui accepit eos fideiussores, [a] matrem eius mandasse ignorauit: exceptionem senatusconsulti, replicatione doli, repellendum.

Ad l. Si fideiussores, 6.

RAT. DVB. Fideiussores qui pro defensore absentis filij, quamuis ex mandato matris eius intercesserunt, i. iudicatum solui, non pro matre tamen intercesserunt: sed pro defensore. Ergo neque ex persona matris iuuandi sunt Velleiano. Senatus enim mulieribus tantùm succurrit & earum fideiussoribus, *l. mulierem*, 14. *C. eod. tit.* 6. Ergo tam æquum est iuuari Velleiano fideiussores non etiam fideiussoribus aliorum.

DEC. Non minùs intercedit mulier, cùm alij mandat fideiubere, quàm si ipsa fideiuberet, *l. si decipiendi*, 30. §. 1. *l. si vxor*, 15. *C. eod. tit.* defensoris, qui mãdato matris intercesserunt, atq; si pro ipsa intercessissent, *d. l. si decipiendi* §. 1. & *d. l. si vxor*, cùm non intercesserint nisi occasione mandati matris, vt hîc Papinianus ad Vlpian. scribit.

a *Planè, inquit, si qui accepit eos fideiussores.* RAT. DVB. Ignorantia eius qui accepit fideiussores defensores, cùm nesciret eos interuenire mandatu matris, non debet matri esse captiosa, quandoquidem non eò minùs verum est matrem intercessisse hoc ipso quod mandauit pro filij defensore fideiuberi, *l. si pupilli*, 6. §. *sed si ego sup. de neg. gest.* Ergo non eo minùs permittendum iis est vti exceptione Senatusconsulti, nec ea exceptio replicatione doli repelli debet.

DEC. Semper succurrendum est creditori, cui nihil imputari potest, quíque cum muliere non contraxit: sed cum fideiussoribus, qui pro defensore absentis filij vltrò interuenire credebantur. Nec enim poterat diuinare cur intercederent contẽplatione mandatu matris de cuius negotio non agebatur, *arg. l. si fideiussor*, 29. §. *si cùm debitor*, *infr. mandati*, *l.* 4. §. *Illa etiam quæstio*, 23. *infr. de doli mali except.* Ergo quamuis exceptio Senatusconsulti hoc casu locum habere possit, quia verum est effectu ipso fideiussores istos pro matre viri absentis filij intercessisse. Æquitas tamen maior facit, vt exceptio replicatione doli repelli debeat, *l. vlt.* §. *si mulier*, *ne ipsa inf. hoc tit. l. si fundum*, 27. *C. de euict.*

7. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

QVanquam igitur fideiussor, doli replicatione opposita, defensionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem aduersus mulierem habebit: quia non potest ignorationem prætendere. sed non erit iniquum [a] dari negotiorum gestorum actionem in defensorem: quia mandati causa per Senatusconsultum constituitur irrita, & pecunia fideiussoris liberatur.

Ad l. Quanquam, 7.

RAT. DVB. Fideiussor qui pro defensore absentis filij, matre mandante, fideiussit, non debet morari in damno, ne officium ei suum sit damnosum, *l. si seruus*, 6. §. *quod verò inf. de furt.* Nec enim fideiussisset si mater non mandasset, cùm non nisi contemplatione mandati matris interuenerit, vt in *l. praced.* Atqui maneret in damno si amissa exceptione defensionis, quam habet ex Velleiano propter replicationem, quam suprà dictum est, dandam esse creditori ignoranti, non iuuaretur ipse quoque simili replicatione contra exceptionem Velleiani à muliere oppositam. Ergo eadem replicatio ipsi contra mulierem danda est. Multò.n. magis in dolo est mulier, quæ mandauit quàm fideiussor, cui nihil obstat nisi ignorantia creditoris.

DEC. Facti quidem alieni ignorantia tolerabilis est, *l.* 3. *infr. de iur. & fact. ignor. l. vlt. pro suo*, sed non item facti proprij, *l. item quæritur*, 13. § *si fullo*, *l. sed addes*, 19. §. 1. *infr. locat. l. cùm falsum*, 46. *de acquir. hered.* Atqui in proposita specie fideiussor ipse qui mandatum mulieris, vt interueniret pro defensore absentis filij suscepit. Ergo non quemadmodum ignoranti creditori contra fideiussorem succurritur, ita & fideiussori contra mulierem prætextu ignorantiæ succurrendum est: neque ideò tamen consequens est, vt in damno moraturus sit fideiussor cùm actionem negotiorum gestorum habiturus sit contra defensorem, quem pecunia sua liberauit, vt sequitur in textu.

a *Sed non erit iniquum.* RAT. DVB. Sicuti non potest mandati actio competere, cùm nullum antecessit mandatum, *l. ex mandato*, 20. §. 1. *infr. mandat.* Ita neq; negotiorum gestorum si mandatum aliquod præcesserit *l. si quis mandatu*, 28. *supr. de neg. gest.* Atqui ponimus fideiussorem defensoris fideiussisse contemplatione mandati matris, non vt defensori filij faueret, pro quo non fuerat verisimiliter fideiussurus, nisi mater mandasset: Ergo non est ei danda contra fideiussorem negotiorum gestorum actio, quæ in eorum gratiam maximè comparata est, qui ad bonorũ absentis administrationem vltrò accedũt, ne alioqui deserantur, *l.* 1. & *toto dicto tit. de neg. gest.*

DEC

DEC. Actio quidem mandati quoties vtiliter & efficaciter competit actionem, excludit negotiorum gestorum, quæ non nisi subsidiaria est, nec nascitur, nisi ex quasi contractu *l. si quis absentis 5. in princip. infr. de obligat. & action.* Cùm actio mandati proficiscatur ex contractu & ex consentiente duorum voluntate *l. 1. & hoc titul. infr. mandat.* Sed cùm actio mandati vel deficit ipso iure, vel propter exceptionem aliquam inanis fit & irrita, necessario recurrendū est ad auxilium actionis negotiorum gestorum, ne alioqui actor ex aliena iactura locupletetur quod nunquam ferendum est *l. si pupilli 6. §. sed & si quis in fine supr. de negot. gest. l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur. l. si & me & Titium 32. de reb. cred.* Atqui in casu proposito actio mandati, quam fideiussor contra mulierem habet ipso iure, fit tamen irrita per exceptionem Velleiani, & nihilominùs verum est defensore absentis filij pecunia fideiussoris fuisse liberatum, atq; ita factum fuisse locupletiorem. Fit enim locupletior quisquis debito liberatur, *l. si pupilli, 66. in fin. infra de solut. l. species, 11. de accept.* Ergo æquum est succurri fideiussori data ei actione negotiorum gestorum contra defensorem, quem liberauit, magisque inspiciamus in actione negotiorum gestorum, cui gestio profuerit, quàm cui gestor prodesse voluerit, *l. 5. §. 1. l. quæ vtiliter, 45. §. 1. de negot. gest.* nec idcircò tamen morabitur defensor in damno, cùm æquè habiturus sit actionem negotiorum gestorum defensor contra filium, quem periculo suo defendere voluit, *l. Plautius, 61. supr. de procuratorib. l. 5. §. in hac stipulatione, 2. versic. Quid tamen infr. Iudic. solut.* Ex hoc verò quod Papinianus dat hîc negotiorum gestorum actionem contra defensorem intelligimus non fuisse eum præsentem, cùm fideiussor pro eo interuenit, alioqui pro mandante habetur, *l. qui patitur, 18. l. si pro te, 40. infrà mandati.* Ideóque & actione mandati, non negotiorum gestorum recuperaret, quod pro eo soluisset, *l. si fideiussor, 29. §. vl. eo. tit. mand.*

8. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVamuis pignoris datio intercessionem faciat: tamen Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberauerit, non esse intercessionem.

Ad l. Quamuis 8.

RAT. DVB. Contrariorum eadem solet esse ratio *l. 1. Cod. de cupress. libr. 11. titul. vltim.* Atqui contraria hæc esse videntur dare pignus & liberare: datio autem pignoris intercessio est *l. 4. & 5. Cod. hoc titul.* Ergo & remissio pignoris intercessio videri debet.

DEC. Liberatio pignoris gratificatio quædam est, vt Accursius loquitur, & quæ tamen non cadit in donationem *l. 2. l. & si pignus 8. infr. quæ in fraud. credit. l. 1. §. 1. infr. quibus modis pign. vel hypoth. solu.* Ergo multò minùs est intercessio *l. etiam 11. & l. iubemus 21. Cod. hoc titul.* Quamuis pauperior fiat qui pignus remittit, si alium de consequ. debitum non possit: hoc enim est quod habet iuris regula plus cautionis esse in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Qua ratione putant vulgò interpretes non esse permittendum mulieri, vt hypothecas dotales liberet, nisi tempore restituendæ dotis supersint marito bona ex quibus doti satisfieri possit: sic enim Bartolus, & post eum cæteri ad *dict. l. iubemus.* Sed vereor ne hæc sententia, quamuis fauorabilis, quia fauet dotibus, pugnet expressim cum hac lege. Certè ex verbis *d. l. iubemus* nullo modo probatur.

1 ¶ Si mulier interuenerit apud tutores filij sui, ne hi prædia eius distraherent, & indemnitatem eis repromiserit: Papinianus libro nono Quæstionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque nouam: sed ipsam fecisse hanc obligationem.

Ad § 1. Si mulier.

RAT. DVB. Mulier quæ interuenit apud tutores filij sui, ne prædia eius distraherent, & indemnitatem hoc nomine eis repromisit, vtique obligauit se pro filio, & in ipsius rem ac vtilitatem: atqui omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur *l. 2. §. vltim. supr.* obligatæ enim mulieri succurrit *l. 4. eod.* Ergo & hoc casu Velleianum locum habere debet.

DEC. Ea demùm mulier intercessisse dicitur, quæ alienam obligationem in se suscepit, vel veterem, vel nouam *l. 1. & 2. supr.* atqui in proposita specie mulier neque nouam neque veterem obligationem in se suscepit, sed hanc, de qua quærimus, ipsa primum fecit vt subtiliter Papinianus ratiocinatur: nec enim adhuc quicquam debebant tutores pupillo aut pupillus tutoribus: ergo nulla hîc fuit intercessio, nec proinde locus fuit Senatusconsulto *l. si mulieri soluero 15. infr. hoc titul.* Obseruandum tamen est quod Accursius hîc notat multum referre, an mater promiserit indemnitatem pupillo de eo quod debet vel debebit ei tutor, vel è contrario promiserit tutori indemnitatem de eo quod debet vel debebit ei pupillus: an verò promiserit tutori indemnitatem de eo quod debet ipse vel debebit pupillo, vel è contrario eam indemnitatem promiserit pupillo de eo quod debet ipse vel debebit tutori, vt prioribus duobus casibus sit intercessio: ideoque mulier iuuetur Senatusconsulto Velleiano non etiam duobus posterioribus *l. si mater 6. in princip. Codic. hoc titul. & l. tutor 19. infrà, eodem.*

2 ¶ Si mulier apud Primum pro Secundo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas, Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit: vnam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius: & ideò Primo restitui obligationem, & aduersus eum. Marcellus autem notat, esse aliquam differentiam. vtrùm hoc agatur, vt ab initio mulier in alterius locum subdatur, & onus debitoris, à quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat: an verò quasi debitrix delegetur. scilicet vt, si quasi debitrix delegata est, vna sit intercessio. proinde secundùm hanc suam distinctionem, in prima visione, vbi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret, sed condemnata, vel ante condemnationem, condicere vtique ei, à quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel, si nondum abest, liberationem.

Ad §. 2. Si mulier.

RAT. DVB. Obscurissimus sanè est hic §. &, vt dicam quod sentio, inexplicabilis quantum ad Marcelli notam pertinet, & ad id quod Vlpianus ex Marcelli nota infert adeò corrupta fuit à Triboniano primo, vt ego arbitror nota Marcelli ad Iulianum, & pessimæ interpretationis errore fœdata, vt à nobis pluribus comprobatum est, *lib.* 18. *Coniecturarum nostrarum, cap.* 8. vbi omnia quæ de huius §. interpretatione & emendatione tractari possunt tam apertè ac dilucidè exposuimus, vt nihil nunc addere sit necesse. Sanè vel ex ipsis cæterùm Glossatorum annotationibus. Maximè verò ex glossa magna, quæ est Azonis, apparet manifestissimè suspectam ac dubiam iis fuisse loci huius lectionem. Sententiam verò & interpretationem prorsus incognitam: aut ergo nostram proba, mi Lector, aut meliorem à te vel ab aliis quære, nec decidendi rationem vllam à nobis exigas in eo §. explicando, quin nullam habeat rationem dubitandi planè rationes non paucas, caput illud Coniecturarum tibi suppeditabit, siue Iuliani, siue Marcelli sententiam probare malis.

3 ¶ Interdum intercedenti mulieri & condictio competit. putà si contra Senatusconsultum obligata, debitorem suum delegauerit: nam hîc ipsi competit condictio. quemadmodum, si pecuniam soluisset, condiceret: soluit enim, & qui reum delegat.

Ad §. 3. Interdum.

RAT. DVB. Senatusconsultum non succurrit mulieri soluenti & patrimonium suum diminuenti: sed ei tantùm quæ pro alio intercedit & se obligat, *l.* 4. *§.* 1. *& seq. & l.* 5. *suprà hoc titulo.* Atqui mulier quæ debitorem suum delegat, hoc ipso soluere intelligitur, vt scriptum est in *hoc §. & in l. si debitorem,* 28. *infr. de fideiussoribus.* Bonum enim nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum etiam minùs idoneum, *l. inter causas,* 26. *§. abesse infr. mand.* Ergo non est hoc casu mulier iuuanda Velleiano: multò autem minùs danda est ei condictio: non solùm quia difficilius est, vt alicui detur actio quàm exceptio, *l.* 1. *infr. de pignoribus, l.* 1. *§. Is autem, infr. de superficiebus, l. inuitus,* 156. *§.* 1. *de regulis iuris,* sed etiam quia Senatusconsulti verba exceptionem duntaxat dant mulieri, aut aduersus eam denegant actionem, *l.* 1. *suprà hoc toto titulo.* non autem tribuunt condictionem.

DEC. Mulier quæ contra Senatusconsultum intercessit non potest videri debitrix saltem effectu cùm habeat exceptionem perpetuam, *l. debitor,* 68. *iuncta l. creditor,* 8. *& l. creditor,* 55. *de verborum significationib. l. nihil interest,* 112. *de regulis iur.* Ergo si soluat, potest repetere: exceptio enim Velleiani fauorabilis est, nec odio creditoris comparata, vt Macedoniani, sed fauore mulieris intercedens. Ideóque parit soluenti condictionem, *l. si non sortem, §. indebitum, & leg. qui exceptionem,* 40. *suprà de condictione indebiti.* Atqui mulier quæ quasi debitrix cùm non esset, debitorem suum delegauit hoc ipso soluisse videtur, quia delegatio pro solutione est, cùm delegando suum amiserit debitorem. Ergo perinde condictionem habere debet, ac si soluisset: habet autem non ex Senatusconsulto: sed propter Senatusconsultum, per quod irrita fit causa debiti, pro quo facta delegatio est, vt in *lege proximè præcedenti* Papinianus loquitur.

4 ¶ Sed si is, qui à muliere delegatus est, debitor eius non fuit: exceptione Senatusconsulti poterit vti, quemadmodum mulieris fideiussor.

Ad §. 4. Sed & si is.

RAT. DVB. Quisquis se delegari patitur, hoc ipso videtur obmittere & reiicere exceptiones omnes, quæ competebant ei aduersus delegantem: ita vt similis videatur donanti, *l. si quis delegauerit, leg. doli,* 19. *in principio, infrà de nouationibus.* Ergo etiam si is qui à muliere delegatus est, debitor eius non fuerit, exceptionem tamen habere

habere non poterit aduersus eum cui delegatus est, sed sufficere ipsi debet quod aduersus delegantem habeat condictionem: nam & qui negat se debere, excipit quodammodo quamuis non tam de iure suo, quàm de non iure actoris, de qua in *l. loci* 4. §. *competit suprà, si seru. vind. & in l. age cum geminiano* 3. *Codic. de transact.* Idque expressim sentire videtur Vlpianus in *l. si non debitorem* 13. *infr. de nouat.* vbi ait si non debitorem quasi debitorem delegauero creditori meo exceptionem locum non habere, sed condictionem aduersus me qui delegaui competere.

Dec. Nullam quidem exceptionem propriam habere potest is qui delegatus est contra eum cui est delegatus: sed tamen potest habere ex persona delegantis, si qua delegauit, competebat quomodo in proposita specie exceptio Velleiani competebat mulieri, quæ delegando intercesserat. Consequens enim est, vt eadem exceptio competere debeat delegato non tanquam delegato, sed quia patiendo delegari se à muliere, cùm debitor eius non esset, hoc ipso videtur pro ea fideiussisse & consequenter perinde mulieri ipsa iuuari Velleiano potest *l. si fideiussores* 6. *supr. hoc titul. l. mulierem* 14. *& seq. Codic. eodem.* Proinde si mulier non intercessisset, nec proinde Velleiano iuuari posset, neque hîc delegatus iuuaretur: habet enim non exceptionem simpliciter quasi non debitor, sed exceptionem Velleiani quasi mulieris fideiussor.

5 ¶ Plane, si mulier intercessura, debitorem suum delegauerit: Senatusconsultum cessat: quia, etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum: mulier enim per Senatusconsultum releuatur: non, quæ diminuit, restituitur.

Ad §. 5. Planè, si mulier.

Rat. dvb. Parum interest an mulier intercedat, an verò cùm esset intercessura aliud quid faciat ne intercedere videatur: nam sicuti mulier priore casu facit contra Senatusconsultum quo mulierum intercessiones prohibentur, ita & posteriore facit in fraudem Senatusconsulti, quę fraus nunquam toleranda est *l. quidam* 29. *in fine infrà, hoc titul.* atqui ponimus mulierem, quæ intercedere volebat debitorem suum delegasse, vt alium liberaret: ergo pro intercedente habenda est.

Dec. Qui debitorem suum delegat, videtur soluere, vt diximus in §. *interdum supr. ex l. qui debitorem* 18. *infr. de fideiussor. l.* 2. *Codic. de nouat.* Atqui si mulier soluisset pecuniam pro eo pro quo intercedere volebat, non ideo tamen iuuaretur Velleiano nisi soluisset ex causa intercessionis præcedentis, vt in §. *interdum supr.* Ergo nec si debitorem suum delegauerit, iuuabitur: non enim iuuatur mulier quæ patrimonium suum diminuet, vt alij tantum prodesset: sed ea demùm releuatur per Senatusconsultum quæ pro alio se obligando intercessit *l.* 4. *in fin. & l.* 5. vbi diximus *supr.*

6 ¶ Sed si eum delegauerit, qui debitor eius non fuit: fraus Senatusconsulto facta videbitur, & idcirco exceptio datur.

Ad §. 6. Sed si eum delegauerit.

Rat. dvb. Mulier quæ non debitorem delegat tanquam debitorem, non solùm non se obligat, sed neque patrimonium suum diminuit, cùm non possit videri amisisse debitorem quem nunquam habuit *l. non videtur* 83. *l. non potest* 208. *de regul. iur.* Ergo multò minùs videri potest fraudem fecisse Velleiano vt exceptione Senatusconsulti adiuuanda sit.

Dec. Qui delegat tanquam debitorem eum quem scit non esse debitorem proculdubio, id agit, vt alium vice sua constituat debitorem: atqui hoc ipsum nihil aliud quàm intercedere est, sed obscurè & subdolè, non vt decipiatur creditor qui delegatum hunc tanquam verum debitorem admittit: (nec enim decipitur creditor contra quem delegatus nullam habiturus est exceptionem *l. si non debitorem* 13. *infr. de nouat.* Neque rursus esset subueniendum mulieri quæ creditorem suscepisset *l.* 2. *supr. l. fœminis* 18. *Cod. eod.*) sed vt eo prætextu intercessionem tegeret: ergo fraus facta videtur Senatusconsulto, & consequenter exceptio Velleiani danda est non mulieri, quæ non est obligata, nec tam intercessit quàm intercedere voluit, sed ei qui tanquam debitor cùm non esset, fuit delegatus: nec tanquam fideiussori, vt in specie *superioris* §. cùm ad nullam obligationem alienam accesserit, sed tãquam expromissori qui pro muliere non obligata se obligauerit: nec enim Velleianum prodest duntaxat fideiussoribus mulierum, sed etiam expromissoribus *l. aliquando* 13. *in princip. infr. hoc tit.* Datur ergo ei exceptio non tanquam delegato ne obstet *dict. l. si non debitorem*, sed tanquam expromissori mulieris, quæ ipsa quoque Velleiani exceptionem haberet si esset obligata, vt in *leg. si vxor* 15. *Codic. hoc titul.* neque habet creditor quod conqueratur qui in fraudem Senatusconsulti fecisse intelligitur, vt benè hîc Accursius, notans etiam quod obseruatione dignum est non eandem semper esse rationem mulieris intercedentis, & eius quæ velit tantum intercedere, nec tamen intercedat, vt priore casu danda sit mulieri condictio, siue soluerit, siue delegauerit suum vel non suum debitorem: posteriore verò non iuuetur ipsa quæ nec obligata est: sed quod addit idem Accursius delegatum à muliere intercedente si non fuerit debitor habiturum exceptionem, debuit ita explicari, vt habeat exceptionem quasi fideiussor §. *prox. supr.* Cùm autem mulier non intercessit, habeat ille exceptionem tanquam expromissor datus in fraudem Senatusconsulti, vt docuimus.

7 ¶ Quoties pro debitore intercesserit mulier: datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit, quàm mulier intercesserit.

Ad §.7. Quoties.

Rat. dvb. Actio semel extincta nunquam potest reuiuiscere *l. qui res §. aream de solu. inf.* Atqui ponimus debitorem pro quo mulier intercessit fuisse liberatum à suo creditore, apud quem mulier intercessit: liberatum autem non per pactum de non petendo, ex quo nasceretur tantum exceptio *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret suprà, de pact. l. si quis reum 5. infrà, de liber. leg.* sed per acceptilationem quæ licet imaginaria & ciuilis tantum solutio sit §. 1. *Institution. de obligat. & l. penultima, infrà, de solution.* Ipso tamen iure tollit omnem obligationem & naturalem & ciuilem, perinde ac vera & naturalis solutio est, vt *supradictis locis* dictum est: ergo quamuis mulier quæ intercessit iuuanda sit Velleiano contra eum apud quem intercessit, non tamen consequens est, vt vetus actio quæ fuit per acceptilationem extincta contra debitorem resuscitetur. Maximè verò si addas quod Vlpianus addit debitorem fuisse à lege deliberatum priùs quàm mulier intercesserit. Quomodo enim potest videri liberatus propter intercessionem quam mulier nondum fecerat, & quæ tametsi nulla secuta fuisset: non eo minus tamen facta semel per acceptilationem liberatio durasset.

Dec. Aliud est resuscitari extinctam obligationem aut reuiuiscere, quod fieri non potest: aliud verò restitui eam, & restaurari à Prætore quod commodè Prætor facere potest & debet quoties æquitas suggerit. Priore locutione iuris potestatem significamus, quæ nunquam tanta est, vt à priuatione det regressum ad habitum, quod nec natura ipsa facere potest, quam tamen lex imitatur semper, superat nunquam *l 1. l. adoptio 16. suprà, de adoptionib.* Atqui in proposita specie facit æquitas, vt creditori succurrendum sit qui fidem & intercessionem mulieris secutus veterem debitorem amisit, vt inanem mulieris obligationem sibi acquireret. Nam sicuti mulierem intercedentem decipi à creditore non oportet §. *prox. suprà*, ità neque creditorem à muliere *l. 2. supr. l. si decipiendi 30. infrà, hoc titul.* nec enim id egit Senatus, vt creditorem apud quem mulier intercessisset, damno aliquo afficeret: sed tantùm vt mulieri succurreret, ne damnum aliquod ex intercessione sua sentiret *l. qui exceptionem 40. suprà, de condict. indeb.* vbi dicitur in hoc differre exceptionem Velleiani ab exceptione Macedoniani, quæ non nisi odio creditorum comparata est *l. sed si paterfamilias 9. §. penultim. infr. de Senatusconsulto Macedonian.* Ergo æquissimum est quoties mulier intercesserit pro debitore quem creditor acceptilatione liberauerit pristinam actionem restitui in debitorem, qui alioquin ex creditoris iactura locupletaretur contra *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indebit. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Dicitur autem hæc actio restitutoria, quia restituitur à Prætore, vt sit quasi eadem cum priore non numero, adeoque nec specie, sed effectu. Est enim alia & noua actio, & quidem vtilis, cùm vetus esset directa §. *Marcellus §. quamquam & seqq. infrà, hac lege* Est tamen vtraque eiusdem potestatis *l. actio 47. suprà, de negot. gest.* si tamen locus ille Pauli est non potiùs Triboniani, vt docuimus in coniecturis, dicitur etiam rescissoria in *l. si mulier 16. Cod. hoc titul.* quia datur à Prætore rescissa acceptilatione, vt & rescissoria dicitur illa, de qua in *l. nec non 28. §. exemplo & tot. titul. suprà, ex quibus caus. maior.* quæ similiter dicitur vtilis in *l. nec vtilem 20. eodem titul.* Nec distinguendum est, an acceptilatio intercessionem præcesserit an subsecuta sit: nam in actibus correspectiuis, id est, quorum alter alterius contemplatione fiat, vt in *l. cùm te 6. Codice de pact. inter empt. & vendit.* Nihil refert quid ante, aut quid post factum sit, vt neque in coniunctionibus *l. quidam 14. infr. de pecul. leg.* hic autem non potest negari, quin acceptilatio, etiamsi intercessionem præcesserit, facta sit: tamen intuitu & contemplatione futuræ intercessionis, ac proinde cum intercessionis causa per Senatusconsultum constituatur irrita, æquum est in debitorem pristinam actionem restitui, quomodo & seruitutes tam personales, quàm reales restitui dicuntur *l. si ager 23. & sequent. supr. quib. mod. vsusfruct. amitt. l. si locus 14. supr. quem. seru. amitt. l. Papinianus 28. sup. de seruit.* Quia tamen obligationes omnes odiosæ sunt abstinere, debet Prætor ne actionem extinctam restituat & restauret, si alio modo consulere possit indemnitati eius qui actionem amisit *l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verbor.* sed cùm necessitas ita postulat, non potest videri æquum non esse quod est necessarium.

8 ¶ Si conuenerit cum debitore, vt expromissorem daret, & acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem, quæ auxilio Senatusconsulti munita est. potest ei condici, quasi non dedisset: quid enim interest, non det, an talem det? non erit igitur actio vtilis necessaria, cum condictio competat.

Ad §.8. Si conuenerit.

Rat. dvb. Si creditor conuenerit cum debitore, vt expromissorem daret, & spe dandi expromissoris interim debitorem per acceptilationem liberauerit, postea mulierem expromissorem dederit, non potest negari quin satisfecerit, cùm ea expromissione mulier obligetur, licèt exceptione Velleiani adiuuari possit, magísque imputari debet creditori, quod mulieré in expromissorem admiserit,

tit, *l. si ab arbitro*, 10. §. 1. *supr. si quis caut. l. 1. §. illud secundum*, *infr. de separat.*

Dec. Nihil interest an debitor nullum dederit expromissorem, an verò mulierem dederit, quæ Senatusconsulti auxilio munita est, sicuti dicimus nihil interesse, an nullo modo cautum vel satisdatum sit: an verò viciosè id factum sit, *l. quoties*, 6. *supr. qui satisd. cogan. l. 1. §. vlt. ad Senatusconsultum Tertyllian.* Nec enim dubitandum est, quin cogitatum sit de idoneo expromissore dando, *argum. l. vt gradatim*, 2. §. 1. *de muner. & bonor. l. 1. & 2. in princ. supr. qui satisd. cogan.* Non est autem idoneus debitor qui habet exceptionem, per quam fit, vt conueniri cum effectu non possit, *l. debitor*, 108. *iunct. l. creditores*, 10. & *creditor*, 55. *de verb. sign. l. nihil interest*, 112. *de reg. iur. l. nam is*, 6. *de dolo*. Verba enim omnia cum effectu sunt accipienda, *l. 1. §. vlt. supr. quisq. iur. l. pen §. docere*, *ne quis eum*, *qui in ius vocatus est*. Ergo perinde ac si nullus datus esset expromissor, condici potest ei qui acceptilatione liberatus est, *l. 4. supr. de cond. caus. dat.* Ac proinde non est necessaria creditori actio illa vtilis ac restitutoria, aut rescissoria, de qua diximus ad §. *præced.* cùm habeat condictionem, quæ est directa: verum enim est quod proximè diximus vtilibus actionibus nunquam esse locum, nisi ex necessitate, quia nec aliter æquitas concedi eas suadet aut permittit, *l. 1. supr. de Publician. in rem act. l. 1. l. in bonæ fidei*, 7. *supr. de eo quod certo loco.* Itaque non puto quidquam referre an conuenerit cum debitore in genere, vt expromissorem daret, isque postea mulierem dederit, an verò iam inde ab initio cogitatum sit de mulieris intercessione, quomodò tamen Accursius distinguit. Est enim vtriusque casus eadem prorsus ratio, nisi quod cùm mulier ab initio intercessit pro debitore, licèt acceptilatio ad eum liberandum interuenerit, condici tamen debitori liberatio non potest, quasi causa non secuta: sed tantùm restituitur vetus actio in debitorem, quia non conuenerat, vt causa aliqua sequeretur: posteriore verò casu conuenerat, vt debitor expromissorem daret, ob eámque causam fuerat accepto liberatus: quæ tamen causa non videtur secuta, nullo vel minùs idoneo dato expromissore, qui cum effectu conueniri non possit. Condictio igitur hoc casu danda est, non actio vtilis.

9 ¶ Marcellus quoque scribit, si mulieri post intercessionem acceptò tulerit creditor, nihilominùs restitutoriam actionem ei dari debere: inanem enim obligationem dimisit.

Ad §. 9. Marcellus.

Rat. dvb. Cùm mulieri post quam pro alio intercessit, accepto tulit creditor, videtur facto suo actionem, quam contrà mulierem habebat amisisse & pleniorem mulieri liberationem concessisse, quam hàbitura fuisset officio Senatusconsulti. Nam ex Senatusconsulto habuisset tantùm exceptionem, nec fuisset liberata ipso iure, quomodo liberatur per acceptilationem, ita vt nulla indigeat exceptione, *l. si quis reum*, 5. *infr. de liber. legat.* Ergo non est ei restituenda contra veterem creditorem pristina actio, cùm dici soleat, quod & verissimum est remittentibus actiones aut exceptiones suas, nullum dari ad eas regressum debere, *l. quæritur*, 14. §. *si venditor infr. de ædil. edict. l. si quis delegauerit inf. de nouat. & deleg.*

Dec. Nihil est quod remisisse vel donasse creditor videri possit, qui inanem, nulliúsque effectus obligationem dimisit, quàm etiamsi non dimisisset, nullum tamen ex ea commodum percipere potuisset: tota enim siue obligationis siue actionis vtilitas, non tam in agendo, quàm in exigendo consistit, *l. nam is*, 6. *suprà de dolo*, *l. creditores*, 10. *l. creditor*, 55. & *l. debitor*, 108. *de verborum significat. l. nihil interest*, 112. *de reg. iur.* Atqui creditor qui acceptò tulit mulieri, quæ pro alio intercesserat, inanem obligationem dimisit. Cùm si ex ea contrà mulierem agere voluisset, exceptione Velleiani perpetua repelli potuisset. Perinde ergo ac si nullam penitus obligationem dimisisset, restitutoria ei contra debitorem actio est, quasi verisimile sit non fuisse illum mulieri acceptilaturum, si efficacem actionem aduersus eam habuisset.

10 ¶ Si mulier, post intercessionem sic soluerit, ne repetere possit: iustè prior debitor actionem recusat. Sed cùm releuatur reus, si mulier sic soluit, vt repetere non possit: & cùm ei mulieri, quæ repetere non poterat, sic soluisset, accepto tulit creditor, similiter releuatur reus.

Ad §. 10. Si mulier.

Rat. dvb. Quamuis mulier post intercessionem sic soluerit, ne repetere possit, non eò minùs tamen verum est fuisse illam tutam exceptione perpetua, priùs quàm solueret. Ponimus enim factam intercessionem contra Senatusconsultum. Atqui is qui exceptione perpetua & fauorabili tutus soluit, potest repetere condictione indebiti, *l. qui exceptionem*, 40. *supr. de condictione indeb.* Nec ei nocere debet quod ea lege soluit, ne posset repetere. Nam dum è contrario non prodest ei, qui sciens indebitum soluit, quod hac mente soluat, vt postea repetat, *l. quod quis*, 50. *eod.*

Dec. Indebitum quidem solutum accipimus, non solùm si omnino non debeatur, sed etsi per exceptionem aliquam perpetuam peti non poterat: sed tamen si is qui exceptione perpetua tutus erat sciens eam sibi competere, vltrò soluerit; non habet condictionem, *l. si is qui*, 24. & *l. si non sortem*, 26. §. *indebitum*, *eod. tit. l. indebitum*, 9. *Cod. eod. l. cum qui*, 25. §. 1. *suprà de inofficioso testamento.* Atqui ponimus mulierem, quæ contra Senatusconsultum intercesserat, cùm sciret sibi competere exceptionem, ita tamen soluisse, ne posset repetere: ergo nulla aduersus creditorem agentem exceptione vti po-

test, & consequenter nihil causæ est, cur creditori aduersus priorem debitorem actio restitui debeat, cùm eo demùm casu restituenda sit actio, quo inanis est, aut esse potest mulieris obligatio, §. *quoties supr.* Nullo enim casu permittendum est, vt creditor, qui ex mulieris intercessione lucrum sensit, agat iterum contra debitorem liberatum. Ita enim fieret, vt lucrum ex alieno damno sentiret, cùm tamen restitutoria actio ei danda sit, ne ob hoc tantùm vt moretur in damno, non etiam vt versetur in lucro, simile quiddam est in *l. eleganter,* 23. §. *pen. supr. de cond. indeb.*

Sed cùm releuatur reus. RAT. DVB. Non videtur bona comparatio mulieris, quæ iam soluit, & repetendi facultatem sibi ademit, & mulieris, quæ per acceptilationem creditoris liberata est, antequam soluerit: sunt enim hi casus separati, vt nemo non videt. Ex separatis autem minimè infertur, *vulg. l. Papinianus*, 20. *suprà de minor.*

DEC. Multum refert an mulier ipsa sibi exceptionem Senatusconsulti ademerit, ita soluendo ne possit repetere, vt in specie proximè præcedente: an vero liberata sit, per acceptilationem creditoris cum posteriore casu imputari non possit creditori, cur mulierem liberauerit, vt diximus ad §. *præcedentem*, scilicet cùm liberata est mulier, quæ habebat exceptionem. At cùm ea liberata est, quę si soluisset, non potuisset repetere creditori, imputari potest cur eam liberauerit. Nec potest videri hoc casu creditor inanem obligationem dimisisse, sed potiùs efficacem sibi competentem vltrò remisisse. Bonáque comparatio est mulieris, quæ sic soluit ne possit repetere, & eius quæ priùs quidem acceptò liberata est quàm soluere: sed quæ tamen si soluisset, repetere nō posset, iis nimirum casibus suprà diximus cessare Velleianum ad *l.* 1. *quomodo*, & Accursius noster bene explicat. Ergo quemadmodum releuatur reus, id est, prior debitor ne conueniri possit actione restitutoria, si mulier, quæ habebat exceptionem, sic soluerit, ne posset repetere: ita similiter dicendum est releuandum reum, nec restitutoriæ actioni aduersus eum esse locum, si creditor accepto mulieri tulerit etiam priùs quàm solueret, dummodò tale debitum sit, quod si solutum esset, repetere ipsa non posset. Quid enim refert an soluerit, an verò ad solutionem inuita vrgeri possit?

11 ¶ Quanquam in omnes qui liberati sunt, restituitur actio: non tamen omnibus restituitur. vt putà duo rei stipulandi fuerunt: apud alterum mulier intercessit: ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit.

Ad §. 11. Quanquam.

RAT. DVB. Eadem videtur ratio restituendæ veteris actionis omnibus qui liberauerunt, quę est restituendæ in omnibus qui liberati sunt, præsertim, cùm agitur de pluribus correis debēdi & stipulandi: constat enim omnium correorum debendi vnam esse obligationem passiuam; plurium verò correorum debendi vnam actiuam, ita vt & singulis in solidum debeatur & singuli debeant, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *infr. de duobus reis constitut.* vbi additur vnius petitione & acceptilatione totam solui obligationem & alterius quoque factum alteri quoque nocere, quod & scriptum est in *l. ex duobus*, 16. *& l. pen. eod.* Atqui si pro vno correo debendi mulier intercesserit aduersus vtrumque correum, restituitur actio creditori, *l. si pro vno*, 20. *infr. hoc titulo.* Ergo & si mulier apud vnum ex correis stipulandi intercesserit, vt communem debitorem liberaret, omnibus restituenda est hæc actio, sicuti solemus dicere, liberationem, quæ contigit per nouationem, prodesse omnibus, *d. l.* 2. *de duobus reis, & l. si vnus*, 27. §. 1. *supr. de pact.*

DEC. Illis demùm restituenda est vetus actio contra debitorem, qui propter intercessionem mulieris eam admiserit. Ipsum enim nomen restitutionis ostendit amissam fuisse actionem. Restitui enim non posset, quæ admissa nunquam fuisset, *l. si locus* 14. *supr. quemadmodum seruit. amitt.* Atqui cùm mulier apud alterum ex correis stipulandi intercessit, vt communem debitorem liberaret, is solus actionem admittit, qui mulieris intercessionem admisit. Ergo ei soli restituenda est actio, non alij qui nihil admisit.

12 ¶ Si mulieri hæres extitit creditor: videndum, an restitutoria vti non possit. & ait Iulianus libro duodecimo, restitutoria eum nihilominus vsurum. nec immeritò cùm non obligatæ cum effectu successerit. denique in Falcidia hoc æs alienum non imputabitur.

Ad § 12. Si mulieri.

RAT. DVB. Hæres censetur vna eadémque persona cum defuncto, *Nouell. quadragesima octaua à morient. præstit. in princip.* & cùm creditor adit hæreditatem debitoris an contrà fit confusio debiti, cùm non possit idem esse suiipsius creditor & debitor, *l. debitori*, 7. *Cod. de pact. l. Stichum aut Pamphilum*, 95. §. *aditio de solut.* Imò, quod magis est creditor, qui successit creditori, quantumuis inopi soluisse sibiipsi intelligitur, *d.* §. *aditio, versicul. aliquando & l. debitori* §. *infr. de fideiussor.* Et secum compensasse eam quantitatem, quæ debebatur, *l. quæ dotis*, 33. *infr. solut. matrim.* Cùm semper soluendo esse intelligatur hæreditas quæ inuenit hæredem, *l. libertas*, 36. *infr. de bon. libert.* Ergo si mulieri heres extiterit creditor apud quem ipsa intercesserat, dicendum est non posse illum vti restitutoria, cùm ipse adeundo hereditatem debitricis facto suo non minùs exceptionem Senatusconsulti quàm mulieris obligationem extinxerit.

DEC. Creditor succedendo mulieri, quæ contra Senatusconsultum intercesserat, non intelligitur succedere debitrici, cùm nec verè debitrix fuerit, quæ non erat obligata cum effectu, vt sæpiùs diximus in *præcedentib. ex l. creditoris*, 27. *l. creditor*, §. *l. debitor*,

debitor, 108. *de verb. significat.l.nihil interest*, 112.*de regul. iur.* Ergo neque potest aditio hoc casu habere vim veræ confusionis & solutionis. Non enim potest vera esse confusio, veluti & debiti & crediti; nec vera solutio nisi vna parte fuerit verus debitor, & ex alia verus creditor.

Denique in Falcidia. RAT. DVB. Cùm debitori hæres extitit, constat posse eum in imponenda ratione legis Falcidiæ imputare legatariis, quod sibi à defuncto debebatur, idq; etiam post confusam aditione actionem, quasi ex hæreditate debitoris tantò minùs consecutus, *l.in imponenda 6.l.irritum*, 8.*C.ad l.Falcid.l.cùm emptor*, 48.*infr. eodem illo titulo.* Atqui mulier quæ pro alio apud creditorem intercesserat, hoc ipso debitrix facta erat creditoris. Ergo etiam hoc æs alienum in ratione legis Falcidiæ imponenda legatariis imputabitur.

DEC. Imputatur idem legatariis omne æs alienum defuncti etiam quod heredi suo debuit, sed non computabitur æri alieno mulieris, id quod ipsa debuit ex causa intercessionis contra Senatusconsultum factæ: etsi enim fuit obligata ipso iure, non tamen cum effectu propter exceptionem quam habuit ex Senatusconsulto, quæ faciebat, vt nec obligata quodammodo videretur: Effectus enim cuiuslibet rei spectandus est, *l.debitor*, 59.*vers.* videamus de effectu rei, *infrà ad Senatusconsultum Trebellianum l.* 1. §. 1. *suprà quod quisque iur. l. pen.* §. *docere.* Ne quis eum, qui in ius vocatus est, vi eximat.

13 ¶ Planè si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse: dicendum erit, restitutoria eam conueniri posse: sed & directa actione [a]: nihil enim eius interest, qua actione conueniatur.

Ad § 13 Planè si mihi proponas.

RATIO DVBITANDI. Mulier quæ veteri debitori successit pro quo intercesserat, frustrà adiuuatur exceptione Velleiani; cùm quod ex sua persona non deberet, debitura sit ex persona debitoris. Ergo facilius & expeditius est, vt ei exceptio Velleiani denegetur, quàm vt restitutoria actione conueniatur.

DEC. Mulier in hac specie duarum personarum vicem gerit, duásque obligationes sustinet, vnam ex propria persona, quatenus pro alio eodémque debitore intercessit, alteram ex persona debitoris, quem intercessione sua liberauit. Prior obligatio est inefficax propter auctoritatem Senatusconsulti, & ideò non cogitur creditor eam actionem exercere, quam sciat exceptione perpetua summoueri posse. Non enim ob id minùs permittendum erit mulieri exceptione Velleiani sibi competenti, vti quod præterea veteri debitori successerit, cùm non ex debitoris persona, sed ex sua propria conueniatur, *arg.l.cùm reus*, 14.*infr. de fideiuss.* Ergo poterit via rectà agere restitutoria contra mulierem tanquam heredem debitoris, sicut agere posset contra debitorem ipsum, si adhuc viueret.

a *Sed & directa actione.* RAT. DVB. Non potest fieri, vt quis pro seipso intercedendo obligetur, *l. hæres à debitore*, 21.§.*seruo tuo*, *infr. de fideiussorib.* Atqui si mulier, quę intercessit pro debitore, cui posteà hæres extitit, maneret obligata actione directa, ex sua intercessione sequeretur fore vt maneret obligata ex sua intercessione & pro seipsa, cùm vicem & personam gerat debitoris, cui successit. Ergo dicendum necessariò est, sublatam confusione directam illam actionem, quæ non fuit nisi accessoria ad principalem: semper enim principalis obligatio, tanquam maior tollit accessoriam tanquam minorem, *l.si duo*, 93.*infr. de solut.l.si reus*, 13.*infr. de duobus reis*: Et quamuis dici soleat nihil interesse, an vtili quis, an directa actione conueniatur, vt in *hoc* §. scriptum est, & in *l. actio*, 47.*supr. de negotiis gestis*: tamen tunc obtinet cùm vtraque durat & competit: nam si alterutra ipso iure extincta sit, non magis fieri potest, vt exerceatur, quàm vt quis sine actione agat, *l.si pupilli*, 6. §. *vlt.eod. tit. iunct.l cùm reus*, 14. *infr. de fideiussoribus.*

DEC. Quoties tractamus de restitutoria actione, ponimus liberatum fuisse ipso iure eum, contra quem restitutoriam concedimus, §.*quoties &* §.*quanquam supr.* Ergo ponendum est in proposita specie, quod & ponit Accursius, mulierem intercessisse animo nouandi, alioqui fideiubendo pro debitore non eum liberasset: mansit ergo etiam post aditam debitoris hæreditatem directa actio integra, quæ contra mulierem ex sua intercessione competebat tanquam & ipsa principalis, quæ proinde non magis potuit tolli per restitutoriam, quàm restitutoria per eam ex *d.l.si duo*, *& d.l. si reus*, quæ habet quoties sunt duæ actiones æquè principales, & quarum vna non sit maior altera, vtramque subsistere, quia non possit dici vtra per alteram perimatur. Ergo in proposito dicendum est electionem esse creditam, an malit agere contra mulierem actione directa ex sua intercessione, an verò actione restitutoria tanquam contra heredem debitoris, qui mulieris intercessione fuerat liberatus: neque verò vlla fit in eo iniuria mulieri, cuius certè nihil interest an hac vel illa potiùs actione conueniatur, cùm vtraque actio tam directa, quàm vtilis eiusdem sit potestatis, eundémque habeat effectum, *d.l.actio*, 47.*de negotiis gestis*, de cuius tamen sententia & emēdatione, vide quæ scripsimus, lib. Coniect. cap.

14 ¶ Si cum essem tibi contracturus, mulier interuenerit, vt cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quę instituit magis, quàm restituit obligationem: vt proinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier obligata est. verbi gratia. si per stipulationem mulier: & tu quasi ex stipulatu conuenieris.

Ad §. 13. *Si cùm essem.*

RAT. DVB. Si cùm essem tecum contracturus mulier interuenerit, & mihi persuaserit, vt cum ipsa potiùs contraham, verum est dicere te nunquam mihi fuisse obligatum. Contractus enim omnes

sunt facti, *l. consilio*, 7. §. *vltimo infrà de curat. furios.* Nec sufficit voluisse contrahere; vt hoc ipso iam contractum videatur. Ergo quamuis mulier intercessisse videatur, quippe quæ potest etiam pro non obligato intercedere, putà si se expromissorem constituat, dici tamen non potest, quænam actio contra te, pro quo intercessit competere debeat. Cùm enim nunquam fuerit obligatus, nec proinde liberatus, nulla quoque contra te restitutoria dari potest. Omnis siquidem restitutoria præsupponit liberationem præcedentem, & liberatio similiter obligationem.

Dec. Non est æquum decipi me ex mulieris intercessione, quæ si non fuisset, vtique tecum contraxissem, téq; mihi debitorem, & quidem cum effectu fecissem. Ergo ne decipiar qui mulieris personam nimis facilè sequi malui, dicendum est dandam esse mihi contra te actionem, non quidem restitutoriam, sed quæ tamen potiùs institutoria dici debeat. [Instituit enim nouam potiùs quàm restituit veterem obligationem] eiusdem scilicet generis, cuius & illa est, quæ contra mulierem daretur, si non inutiliter intercessisset tanquam subiicienda in locum actionis inutilis, vt si mulier per stipulationem intercesserit pro te apud me, tu quoque mihi quasi ex stipulatu tenearis, *l. in fine supr. & l. quidam*, 29. *infr. eod. l.* 4. *C. eod.* Et hic casus notandus est tanquam singularis, & fortè vnicus in toto iure Pandectarum, in quo fingitur interuenisse stipulatio, quæ reuera non interuenit, vt nihilominus possit contra eum agi, qui neque stipulando, neque aliter quicquam promiserit, quod postea Iustinianus, hoc fortassis exemplo motus induxit fauore dotium, in *l. vnic. C. de rei vxor. act.*

15 ¶ Illud videndum est: si mulier pro eo interuenit, qui si cum ipso contractum esset, non obligaretur: an hac actione ille debeat teneri. Vt putà si pro pupillo intercessit, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. & puto non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. Item si minor vigintiquinque annis sit, pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit implorare. vel filius contra Senatusconsultum contracturus est.

Ad §. vlt. Illud videndum.

Est hic §. velut appendix superioris: persequitur enim Vlpianus eandem speciem, quam priùs tractauerat, de eo qui cùm esset cum alio contracturus, maluit contrahere cum muliere: & ait in eum cum quo creditor contrahere volebat, ita demùm dandam esse actionem, si talis fuerit, qui contrahendo ipse obligari potuisset, & ex ea obligatione conueniri. Quid enim si pupillus erat, qui sine tutoris auctoritate fuerat contracturus, aut quid si minor vigintiquinque annis, qui contra suam obligationem restitui potuisset, aut quid si filiusfamilias qui contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accepisset? his casibus negat Vlpianus contra eos dandam esse actionem, quæ sit cum effectu nisi quatenus ex eo contractu facti sint locupletiores: præsertim verò contra pupillum, qui nisi locupletior factus obligari ciuiliter sine tutoris sui auctoritate non potest, *l. obligari*, 9. *infrà de auctoritate tutor.* Minor enim etiam sine curatore suo etiam obligatur, *l. puberes*, 101. *de verborum obligat.* sed potest implorare restitutionem in integrum, si se non modò minorem, sed etiam læsum probet, *l. verum*, 11. §. *sciendum*, *l. quod si minor*, 24. §. 1. *l. non omnia* 44. *& pass. supr. de minor. l. nam posteaquam* 9. §. *si minor supr. de iureiurando.* Filius autem familiâs, si contra Senatusconsultum Macedonianum pecuniam mutuam accepisset Macedoniani exceptione iuuatetur, *l.* 1. *& pass. suprà de Senatusconsulto Macedoniano.* Ergo idem in proposito dicendum est, vt minor, qui licèt non sit obligatus, conuenitur tamen, tanquam si obligatus esset idem beneficium habere debeat restitutionis in integrum, quod haberet, si ipse contraxisset, itémque filiusfamilias eandem Senatusconsulti exceptionem.

Rat. dvb. Quæ ratio facit, vt contra alias personas, cum quibus creditor fuerat contracturus si mulier non contraxisset, actio institoria dari debeat eadem & in his personis locum habere videtur, nempe quia si mulier non intercessisset, ipsi contraxissent, & se obligassent. Nulla igitur fit ipsis iniuria, si quamuis non contraxerint, pro obligatis tamen habeantur.

Dec. Non potest durior esse condicio eorum, qui non contraxerunt, vt pro efficaciter obligatis contraxissent, ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm actio in casu vero contra *l. filio*, 23. *infr. de liberis & posthumis*, *l. si is qui pro emptore*, §. *de vsucapionib.* Atqui si pupillus sine tutoris auctoritate contraxisset, naturaliter quidem obligatus fuisset: sed sine effectu, etiamsi per stipulationem promisisset, nec mutuam pecuniam accepisset: mutua verò accepta pecunia naturaliter quidem fuisset obligatus: & cum effectu obligationis naturalis: sed non iure naturali. Ciuiliter autem nullo modo, nisi post rescriptum Diui Pij quatenus locupletior ex mutuo factus fuisset, vt docuimus ad *l. vlt. sup. de iureiurando, & ad l. naturaliter*, 113. §. *vltim. & l. quod pupillus*, 41. *suprà de condict. indebit.* Proinde nulla contra eum actio dari posset, cùm obligatio, quæ naturalis tantùm est, actionem nullam possit producere: sed tantùm retentionem, vel exceptionem, vel deductionem, vel denique compensationem, vt suprà dictis locis ostendimus: ergo multò minùs poterit actione illa institutoria côueniri pupillus, qui si mulier non intercessit contracturus fuerat sine tutoris auctoritate, nisi proponas ex contractu illo factum eum locupletiorem, vt rescripto Diui Pij locus esse possit, *de quo in l.* 3. *in principio suprà commod.* & alibi sæpè. Pubes verò, idémque minor annis viginti quinque, si contraxisset, siquidem obligasset ciuiliter: sed ita tamen, vt aduersus eam obligationem in integrum restitui potuisset, dummodò probata, vt diximus, læsione, etiam non immodica, dum ne omnino minima. Quidni ergo multò magis restitui poterit aduersus fictam illam & tacitam obligationem, qui etiam aduersus

uersus veram & expressam restitueretur? Denique filiusfamilias si mutuam pecuniam contra Macedonianum accepisset, haberet, vt diximus, exceptionem Macedoniani, cur non ergo habebit, etiamsi non acceperit, si conueniatur quasi accepisset? vt in summa iisdem modis ficta illa obligatio possit destrui, quibus vera subuerteretur. Sed an idem de restitutoria actione dicendum erit, quod diximus de Institutoria? Accursius negat quasi difficilius sit, vt cōtra huiusmodi actionem, quæ nunquam competiit quis restituatur quàm vt cōtra eam quæ competiit, & extincta fuit propter mulieris intercessionem. Mihi verò aliud iudicium est: nam si de pupillo agamus, nulla potest contra eum restitui vetus actio, si absque tutoris authoritate contraxerat, quia nec vlla contra eum vnquam competierat. Ideoque non nisi frustrà & ridiculè de restitutoria actione tractari hoc casu potest: si verò de minore & filiofamilias qui aduersus S C. contraxerit, admittā quidem dandam esse contra eos restitutoriam, sed quæ tamē eadē incōmoda & restitutiones in integrum & exceptiones Macedoniani passura sit quæ pateretur, etiamsi extincta nunquam fuisset. Non enim potest restitui nisi cum pristinis suis qualitatib. & vitiis. Itaque restitutoriæ illius actionis eadem semper erit ratio quæ & institutoriæ, quam nec Vlpian. in hoc §. denegat contra minorem aut filiumfamilias, sed ait duntaxat perinde aduersus eam succurrendum esse minori data ipsi restitutione in integrum. Itemque filiofamilias, accommodata illi exceptione atque si ambo contraxissent, & ipso iure obligati fuissent.

9. PAVLVS libro 6. Regularum.

SEd si pro alieno seruo intercedat, quemadmodum in patremfamilias priorem reum restituitur actio, ita in dominum quoque restituenda erit.

Ad l. Sed si pro alieno 9.

RAT. DVB. Non potest restitui actio in eum qui nunquam fuit obligatus, cùm omnis actio personalis præsupponat actionem *l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procurat.* Multò minùs in eum cōtra quem nulla actio vnquam competiit, cùm restitutio actionis præsupponat eam priùs competiisse. Atqui cum seruo nulla actio est nec esse potest *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. serui 14. inf. de ob. & act.* ergo si mulier pro alieno seruo intercesserit, nulla potest actio ei restitui.

DEC. Etiam pro persona non obligata intercessio fieri potest *l. vlt. §. vlt. infr. hoc tit.* ac multò magis pro persona, quæ sit obligata naturaliter, licèt cum ea agi non possit, cùm etiam naturalis obligatio nouari possit *l. 1. in fin. infr. de nouat.* ergo etiam pro seruo alieno intercedere mulier potest. Et ideò restitui ei actio potest, non quidem contra seruum, cū quo agi nunquam potuit, sed contra dominum, actio, inquam, de peculio quę ex contractibus seruorum contra dominos competit, *d. l. vlt. §. vlt.* quemadmodum si pro filiofamilias contra Macedonianum contracturo mulier intercederet restitueretur ei actio in patremfamilias, vt dictum est in §. *vlt. legis præcedentis*, nisi quod ibi tractatur de actione institutoria, hic autem de restitutoria quæ competit quoties pro debitore intercessit mulier, & ille priùs acceptilatione aut alia nouatione liberatus est, *l. proxima §. quoties suprà l. si mulier 16. in fin. infr. hoc titul.* siue legamus, vt in Pandectis Florentinis *in patremfamilias priorem reum*, siue, vt apud Accursium *Prior ei*, restituitur autem actio de peculio generalis vel specialior de in rem verso, quæ vtraque datur ex contractu filijfamilias in patrem, serui verò in dominum, vt Accurs. bene post Azonem explicat ex *d. l. vlt. in fin.*

10. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

HÆ actiones, quæ in eos, pro quibus mulier intercessit, dantur, & heredibus, & in heredes, & perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem. ceteris quoque honorariis successoribus dabuntur, & aduersus eos.

Ad l. Hæ actiones, 10.

RAT. DVB. Talis obligatio restituenda est qualis erat antequam extingueretur, alioqui non pristina actio restitueretur, sed alia *l. debitrix 24. §. si pro eo infr. hoc tit. l. vlt. supr. de minor.* Atqui potest fieri vt actio quæ propter mulieris intercessionem extincta est fuerit temporalis, qualis est actio de peculio in plerisque casibus in quibus est annalis *l. 1. & tot. titu. supr. quando act. de pecul. annal. est, l. si tamen 4. in fin. supr. de exercit. act.* ergo non semper verum est quod hæc lex ait, actiones istas, institutoriam scilicet & restitutoriam, quæ in eos dantur pro quibus mulier intercessit, & de quibus proximè tractatum, & hæredibus & in heredes perpetuò competere.

DEC. Actiones honorariæ, quæ rei persecutionem non pœnam dantur regulariter & hæredibus & in hæredes perpetuò, id est etiam post annum *l. in honorariis, infr. de oblig. & act.* de qua latè scripsimus ad *l. in conditione 9. supr. de condict. furt.* atqui hæ actiones institutoria & restitutoria habent rei persecutionem, nec vlla ex parte pœnales sunt, cùm per eas id tantùm persequamur quod ex patrimonio nostro abest, quæ actionum rei persecutoriarum natura & definitio est *d. l. in honorariis*, ergo & hæredibus & in hæredes perpetuò competere debent, sed hoc intelligi debet positis habilibus terminis, id est si actio pristina quę restituitur erat perpetua, non autem temporalis *d. §. si pro eo.* Quæ tamen distinctio non cadit in actionem institutoriam, quę nunquam competiit, sed tantum in restitutoriam, alia ratio est earum actionum de quibus in *d. l. si tamen 4. §. vlt. de exercit. act.* Quæ scilicet restitutorię non sunt, sed propriam naturam habent, eamque rei persecutoriam propter quod sunt perpetuæ, vt ibi diximus. Quemadmodum autem competunt institutoria

& restitutoria hæredibus & in hæredes, ita & multò magis honorariis successoribus & aduersus eos, quippe qui in omnibus ferè iuris partibus habentur hæredum loco: *l.2.& 3.infr. de bon. poss.* præsertim verò apud Prætorem, ex cuius iurisdictione descendunt actiones, de quibus nunc agimus.

11. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI mulier tanquam in vsus suos pecuniam acceperit, alij creditura: non est locus Senatusconsulto. alioqui nemo cum fœminis contrahet: quia ignorari potest, quid acturæ sint.

Ad l. Si mulier, 11.

RAT. DVB. Plus valere debet, quod in veritate est, quàm quod in opinione, *l.2. §. si à pupillo infr. pro empt. §. si quis rem suam 11. Instit. de legat.* Ergo quamuis creditor, qui pecuniam numerauit mulieri, putauerit eam accipere in vsus suos, si tamen reuera mulier accipiat, alij statim creditura, dicendum est videri eam intercedere pro eo cui creditura est, & consequenter Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatusconsulto ita demùm subuentum est mulieribus, si non callidè versatæ sint: deceptis enim non decipientibus succurrendum fuit, *l.2. §. verba itaque, supr. hoc tit. l. si decipiendi, 30. infr. eod. l. fœminis, 18. C. eod.* Atqui callidè versatur mulier quæ fingit se in vsus suos accipere in pecuniam, quam alij postmodum creditura est, decipitque creditorem, qui non aliter fuerat crediturus, sciens vtique non iuuari Velleiano mulierem, quæ in vsus suos pecuniam mutuam accipit: sed eam demùm, quæ pro alio intercedit, *l. aliquando, 13. in princ. l. vir vxori, 17. §. vlt. iunct. l. sed si eum, 3. sup.* nec imputari quicquam ei potest, quòd mulieris voluntatem non diuinauerit, cùm facti alieni ignorantia probabilis sit, *l. vlt. infr. pro suo.* Ergo non potest in hac specie locus esse Senatusconsulto, & quod dici solet, creditorem qui cum muliere contrahit diligentiorem & curiosiorem esse debere, in quos vsus pecunia impendatur, *l. doli, 19. §. diuersum, infr. de nouat. & delegat.* ad eum casum pertinet, quo quis contrahat cum muliere alienam obligationem suscipiente, non etiam quo quis personam mulieris bona fide ab initio sequatur, *dicta l. vir vxori, 17. in principio infrà hoc titulo.* tunc enim constat, ob ea quæ accepta pecunia postmodum à muliere gesta sunt exceptione, summoueri eum non debere, *l. bona fide, 27. infr.* Et sanè ita ius constitui mulierum præcipuè interest, ne alioqui magno damno & incommodo afficiantur, nemine cum iis contrahere volente, si neque bona fides, neque probabilis ignorantia, quæ bonam fidem parit auxilium aduersus periculum Senatusconsulti præbere non posset, quomodo circa minores 25. annis, ratiocinatur I. C. in *l. quod si minor 24. §. non semper supr. de minorib. iuncta l. ait Prætor*, aliàs *l. etsi sine*, *§. idem faciunt*, sic in *l. Diuus, 24. versic. nec vllorum, infrà de testam. milit. l. ratas, 7. C. de rescind. vendit.*

12. IDEM libro 6. ad Breuium.

IMMO tunc locus est Senatusconsulto, cùm scit creditor eam intercedere.

Ad l. Immo tunc locus est, 12.

RAT. DVB. Potest fieri vt creditor sciat mulierem intercedere, & aliam obligationem in se suscipere, nec tamen locus sit Velleiano, vt in exemplis positis à Caio, in *l. proximè sequenti, & in l. vir vxori, 17. in principio infrà eodem.* Ergo non est generaliter & indistinctè vera huius legis sententia.

DEC. In rebus omnibus non tam inspiciendum est quid prima facie, quàm quid reuera fiat. Et si autem aliquando accidit, vt prima facie mulier intercedere videatur, reuera tamen non intercedit, neque alienam obligationem in se suscipit: sed suam potiùs, cùm negotium, pro quo intercedit ad eam pertinet, vt in *dicta l. proximè sequenti, & dicta l. vir vxori.* Ergo generaliter & indistinctè vera est huius legis propositio, dummodò intelligatur de muliere, quæ reuera intercedat pro alio, & de creditore, qui eam intercedere sciat, vt in exemplo, quod affert Accursius, si quis alij pecuniam crediturus erat, & mulier intercessura, malitque mulieri cedere, quæ postea sit alij creditura.

13. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALIQVANDO, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuuatur hoc Senatusconsulto. quod tum accidit, cùm prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat. vt ecce, si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat: aut si hereditatem emerit, & æs alienum hereditarium in se transcribat: aut si pro fideiussore suo intercedat.

Ad l. Aliquando, 13.

RAT. DVB. Senatusconsultum Velleianum, quod de mulierum intercessionibus factum est, succurrit mulieribus omnibus, quæ alienam obligationem in se suscipiunt, *l.1. & 2. suprà & passim hoc tit.*

bet tit. nec aliud quicquam requiritur ex parte creditoris, nisi vt sciat eam intercedere, *l. proxima supr.* Nec ex parte mulieris, nisi vt non versetur callidè, nec quicquam faciat animo decipiendi creditoris, *l. si mulier 11. sup.* Ergo iis concurrentibus nullus casus videtur dari posse in quo mulier, quę alienam obligationem in se suscipit, iuuari Senatusconsulto non debeat.

DEC. Vetus & verum est Cassiani verbum illud inspici semper oportere, *cui bono*; negotium enim ad eum maximè pertinere creditur, cuius vel vtilitate vel incommodo res tandem cessura sit, licet non prior conueniatur, *l. si quis reum 5. de lib. leg. l. sed etsi 24. supr. de pact. l. cùm lex 46. infr. de fideiuss.* Atqui cùm ancilla quæ ob pactionem libertatis expromissorem dedit, si post manumissionem idipsum suscipiat, quod expromissor debeat, licet prima facie pro expromissore intercedere videatur, reuera tamen pro seipsa potiùs intercedit, cùm non nisi pro ea pecuniam fideiussor debeat, ac proinde non potest iuuari Velleiano. Idemque est si hæreditatem ipsa emerit, & æs alienum hæreditarium in se transcribat, quia emptor hæreditatis licèt non possit conueniri à creditoribus hæreditariis, tanquam cui non hæres, sed singularis successor sit *l. 2. C. de hær. vel act. vend.* nisi vltrò creditorum actiones suscipiat, vt in *l. 2. C de pact.* Cogitur tamen præstare indemnitatem venditori in cuius locum succedit *d. l. 1. C. de hæred. vel act. vend. l. 2. §. cùm quis infr. eod. illo tit.* Suum itaque non venditoris sui negotium gerit mulier quæ pro venditore se obligat creditoribus hæreditatis. Quomodo & illa quę pro fideiussore suo intercedit, quandoquidem fideiussor, si soluisset, regressum aduersus eã actione mãdati habuisset. Quæ tria exempla sunt à Caio hîc allata, sed quæ superioris legis sententiam non tam limitant & restringunt, quàm interpretantur, vt nimirũ intelligi debeat de muliere, quę nõ prima tãtum facie, sed reuera intercedat, vt explicauimus. Quod autem Accursius addit tanquam simile vxorem dici dominam rerum dotalium constante matrimonio, ratione futuræ spei tantum, cùm reuera non sit domina, ex *l. in rebus 30. C. de iur. dot. & tit. instit. Quibus alien. lic. vel non in princ.* prorsus à proposito alienum est, & longè aliter explicandum, vt alibi plerisque locis scripsimus. Iunge *legem sed si cum 3. supr. eod. l. 2. C. eod. tit. l. primam §. in propria causa infr. quand. appell. sit. & intr quæ temp. l. de die 8. §. 1. & 2. supr. qui satisd. cog.*

1 ¶ De pignoribus prioris debitoris non est creditori noua actione opus: cùm quasi Seruiana, quæ & hypothecaria vocatur, in his vtilis sit, quia verum est, conuenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.

Ad §. 1. De pignoribus.

RAT. DVB. Cùm principalis obligatio non consistit, nec accessoria potest consistere *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Atqui obligatio pignorum datorum à principali debitore, pro quo mulier intercedit, accessoria est ad obligationem principalem *l. res hypotheca. 5. infr. de pignor.* Ergo sublata illa obligatione principali per intercessionem mulieris animo nouandi factam, dicendum est pignora quoque à priore debitore data liberari *l. nouatione 18. infr. de nouat.* Ergo sicut obligationem principalem nouatione peremptam restitui necesse est aduersus priorem debitorem, ita & obligationem ac persecutionem pignorum DEC. Actio vtilis Seruiana, quæ & hypothecaria dicitur, habet suas conditiones, vt tandiu duret quandiu creditori solutum non est, aut aliter eo nomine satisfactũ *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. de pignorat. act. l. grege §. etiam infr. de pignorib. l. debitor 59. ad S. C. Trebell. l. penult. §. 1. de excep. rei iud.* Atqui verum est in proposita specie, neque solutam esse pecuniam creditori, neque aliter ei satisfactum fuisse, etsi enim ab initio satisfactum videri poterat ob intercessionem mulieris quam creditor admiserat *d. §. omnis pecunia, & l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* reuera tamen non potest videri satisfactum, cum non duret satisfactum, quomodo dicimus non videri in rem versum, quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum supr. de in rem vers.* Non enim durat satisfactum, cùm intercessio mulieris quæ pro satisfactione adhibita fuerat, irrita fiat per S. C. Velleianum, & consequenter non teneat in effectu nouatio, quæ obligationem pignorum extinxisse videbatur. Addit Accurs. aliam rationem nec insubtilem, quod in proposito principalis obligatio nunquam prorsus extincta fuerit, quia statim atque mulier intercessit & auxilium S C cœpit ei competere, cœperit etiam actio restitutoria competere creditori contra priorẽ debitorem *l. debitis 24. §. 1. infr. h. tit.* adeoque priùs etiam quàm existat conditio, sub qua mulier intercesserit *§ proximo infr.* nec inter primam obligationem & restitutoriam quicquam interest, nisi quod prima directa est, restitutoria verò vtilis. Inter directam verò & vtilem actionem effectu nihil interest *l. actio 47. supr. de neg. gest.* Sed prior ratio rectior est, quã & I. C. in hoc §. affert, hypothecaria enim quæ hoc casu competit, directa est, non vtilis, quamuis dicatur vtilis Seruiana respectu Seruianæ directæ, quæ non nisi de rebus coloni competit. *§. item si quis in fraudem inst. de action.* Non est igitur creditori noua & restitutoria actione opus ad persequenda pignora prioris debitoris. Iunge *l. 1. C. Etiam ob chirograph. pecun. pign. l. cum quid. §. vlt. infr. de solut.*

2 ¶ Si sub condicione, vel in diem, mulier pro alio intercesserit, etiam pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda est restitutoria. quod enim bonum est, exspectare conditionem, vel diem: cùm in ea causa sit prior iste debitor, vt omnimodo ipse debeat suscipere actionem.

Ad §. Vlt. Si sub conditione.

RAT. DVB. Restitutoria obligatio præsupponit extinctionem præcedentis & pristinæ actionis, non enim potest restitui actio, nisi quæ priùs competiit & extincta fuit. Atqui cùm mulier intercedit nouandi animo in diem vel sub conditione pro eo qui purè erat obligatus, verum est nullam ex intercessione adhuc competere actionem contra mulierem, cùm obligationis in diem conceptæ dies cedat quidem statim, sed nondum veniat, si verò

sub conditione concepta sit; ne cedat quidem *l. cedere diem 213. de verb. sig.* Necesse autē est, stipulationem posteriorē animo nouandi interpositā committi, vt per eam fieri possit nouatio, & per nouationem extingui prior obligatio *l. si Stichū 8. §. legata l. quoties 14. infr. de nouat.* Ergo expectari debet euentus diei vel conditionis, vt restitutoria possit competere.

Dec. Frustra expectatur dies aut conditio cuius aduentus nihil operatur *l. Iulianus verum debitorem 60. supr. de cond. indeb. l. si quis ita scripserit. 33. infr. de hæred. inst.* Atqui nihil potest operari euentus diei aut conditionis appositæ in obligatione mulieris pro alio intercedentis nouandi animo, quod pertinet ad hoc vt prior ille debitor conueniri possit. Nam ne quid de die certa dicamus, quam tandem venturam esse certum est, annon futurum est vt omnimodo cogatur debitor suscipere actionē, siue conditionem intercessionis existere contingat siue deficere? Etenim si quidem existet, tolletur prior obligatio, & extinguetur eodem instanti tanquam nouata per intercessionem mulieris, quam ponimus nouandi animo factam esse *d. l. si Stichum 8. §. legata & dict. l. quoties 14. infr. de nouat.* si verò conditionem intercessionis deficere cōtingat, sicuti nulla fiet nouatio ob non commissam stipulationem nouandi animo interpositam, ita manebit prior obligatio & actio quæ nouanda sperabatur: omnimodo igitur & omni casu conueniri poterit debitor, aut prima actione si non sit nouata, aut restitutoria & vtili, si nouatio secuta sit. Quid verò refert debitoris, an actione directa, qualis prima est, an vtili, id est, restitutoria conueniatur? cùm vtraque eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum, vt à Triboniano scriptum est sub Pauli nomine *in l. actio 47. supr. de neg. gest.* Alioqui etiam existēte conditione stipulationis nouantis & intercessionis mulieris non esset danda restitutoria contra debitorē antequam mulier solueret ex intercessione, aut solutum condiceret, quod tamen falsum est *l. debitrix 24. §. 1. infr. h. tit.* fallit igitur hoc casu, quod regulariter dici solet, expectandam esse conditionem *l. bouem 44. §. 5. sub conditione infr. de ædil. edict. l. si mandauero 22. in princ. infr. mand. l. cùm illud 25. in prin. iuncta l. huiusmodi 13. quand. dies leg. ced. l. pecuniam 36. supr. si cert. petat. l. pen. infr. de fideius. iunge l. posthuma 24. infr. de lib. & posthum. l. nam etsi 5. de inust. rupt.*

14. Ivlianvs libro 12. Digestorum.

SI mulier contra Senatusconsultum intercesserit: æquum est, non solùm in veterem debitorem, sed & in fideiussores eius actionem restitui: nam cùm mulieris persona subtrahatur creditori propter Senatusconsultum, integra causa pristina restituenda est.

Ad l. Si mulier. 14.

Rat. dvb. Cùm mulier contra Senatusconsultū Velleianum intercessit pro eo qui fideiussores suæ obligationis dederat, subtrahitur creditori sola mulieris persona, propter autoritatem Senatusconsulti. Ergo nec ei restituenda est actio nisi contra solum veterem debitorem, non etiam contra eius fideiussores, vt non plus reddat restitutio, quàm Senatusconsulti authoritas abstulerit. Quemadmodum aliàs solemus dicere actionē rescissoriam, & restitutoriam, quæ datur ex edicto, *Ex quib. caus. maior.* tantundem debere reddere quantum læsio abstulit, *l. sed etsi, 26. §. quoties supr. ex quib. caus. maior.*

Dec. Senatus beneficium non debet creditori esse captiosum, sicut nec prætoris esse solet, *l. Paulus notat. 8. infr. de stipul. prætor.* Atqui esset captiosum, si restitueretur actio contra solum debitorem veterem, non etiam contra eius fideiussores, quia sic fieret, vt non restitueretur pristina causa integra creditori, qui ante mulieris intercessionem obligatos habebat cum debitore fideiussores, qui non fuissent liberati nisi mulieris intercessio nouandi animo facta, vt semper præsupponendum est, & principalem & fideiussoriam obligationem extinxisset. Alioqui magna captio esset creditoris, si forte debitor, aut non soluendo esset, aut difficilioris conuentionis *l. 1. supr. qui satisd. cog.* sed etsi esset locupletissimus, creditoris tamē interesset plures habere debitores, vt eligere posset quem mallet conuenire, *l. liberum 16. & l. reos 23. C. de fideiuss.*

15. Idem libro 51. Digestorum.

SI mulieri soluero id, quod tibi debebam, & ab ea ratam rem te habiturum, stipulatus fuero, & forte, te ratum non habente, agere ex stipulatu instituero: exceptio Senatusconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri. non enim videri potest alienam obligationem recusare, cùm maneam debito obligatus, & ipsa de lucro agat: ac potiùs reddere cogatur, quod non debitum acceperat, quàm pro alio soluere.

Ad l. Si mulieri. 15.

Rat. dvb. Senatusconsulto Velleiano iuuatur mulier quælibet pro alio intercedens, *l. 1. supr. & tot. hoc tit.* Atqui cùm mulieri solui id quod tibi debebam, & ab ea ratam rem te habiturum stipulatus sum, si ratum habere nolis, tenetur mihi mulier in omne id quod mea interest ex stipulatione *Ratam rem haberi*, ad quod non teneretur, si tu ratum haberes. Ergo videtur pro te soluere, & consequenter intercedere.

Dec. Senatusconsultum non aliis prodest mulieribus, quàm quæ alienam obligationem suscepta merito recusant, ne ex sua intercessione damnum sentiant, non etiam illis quæ in rem suam aliquid promiserunt, & quæ lucrum sentirent ex alieno damno si iuuarentur, *l. 3. supr. hoc tit.* atqui in proposita specie, mulier lucrum sentiret ex meo damno, si eo prætextu iuuaretur, quod tu ratam habere solutionem nolles, quam ipsa accepisset, ita enim fieret, vt & manerem obligatus tibi, propterea quod alij quàm vero creditori soluissem, *l. creditori 8. C. de cond. indeb.* & ipsa pecuniam meam retineret, si non eam mihi reddere cogeretur. Itaque indebitum quod accepit reddere potiùs quàm pro te soluere

nere intelligitur, vt in *l. proximè sequenti*, & in *l. si mulieri dederim. infr.* Denique nunquam succurrendum est personæ, quæ sollicita sit de præda, vt Papinianus loquitur in *l. si minoris 25. infr. de adminiſt. tut.*

16. IDEM libro 4. ad Vrseium Ferocem.

SI mulier contra Senatusconsultum Velleianum pro me intercessisset Titio, egóque mulieri id soluissem, & ab ea Titius eam pecuniam peteret: exceptio huius Senatusconsulti non est profutura mulieri. neque enim potuit periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat.

Ad l. Si mulier. 16.

RAT. DVB. Senatusconsultum Velleianum succurrit mulieri, quæ apud alterius creditorem intercessit, vt si à creditore conueniatur, possit illa se tueri exceptione, *l. 1. & 2. supr. & passim h. tit.* atqui ponimus mulierem intercessisse pro me apud Titium; meamque obligationem suscepisse. Ergo etiamsi pecuniam ei soluero pro qua intercessit, dicendum est iuuari eam Velleiano debere, cùm id quod inter me & mulierem gestum est post contractam obligationem, non debeat prodesse creditori meo ignoranti, nec mulieri nocere, vt amittat exceptionem, quam ab initio ex Senatusconsulto habuit, *argum. l. vlt. supr. de pact.*

DEC. Mens Senatusconsulti succurrentis mulieri non alia fuit, quàm ne mulier periclitaretur si pecuniam, quam ex causa obligationis pro alio susceptæ deberet, soluere pro alio cogeretur, subueniendum enim fuit fragilitati sexus & imbecillitati, quæ nimia facilitate, minusque cauto iudicio mulieres pro aliis obligari facit. Atqui in proposita specie non potest periclitari mulier ne pecuniam quam pro me promisit, perdat, cùm iam à me eam habeat, priusque indemnitatem consequuta sit quàm vllum ex intercessione sua damnum senserit. Ergo non debet ei prodesse exceptio Senatusconsulti si à creditore conueniatur, siue nouandi animo intercesserit, vt ponit Accursius, siue non, nihil enim refert.

1 ¶ Si ab ea muliere, quæ contra Senatusconsultum intercessisset, fideiussorem accepissem: Gaius Cassius respondit, ita demum fideiussori exceptionem dandam, si à muliere rogatus fuisset. Iulianus autem rectè putat, fideiussori exceptionem dandam, etiam si mandati actionem aduersus mulierem non habeat. quia totam obligationem senatus improbat. & à prætore restituitur prior debitor creditori.

Ad §. 1. Si ab ea muliere.

RAT. DVB. Non eadem ratio est succurrendi mulieribus & earũ fideiussoribus, nisi cùm fideiussor à muliere rogatus est, vt pro ea fide iubeat, quo nimirum casu habiturus est regressum contra mulierem actione mandati, alioquin debet fideiussor sibi imputare, cur vltro & sponte pro muliere intercesserit, neque ex persona mulieris iuuandus est, vt facti sui pœnam non sentiat. Bene igitur Cassius dicebat ita demum dandam fideiussori mulieris exceptionem Senatusconsulti, si à muliere ipsa rogatus fuisset.

DEC. Fideiussor etiam qui à muliere rogatus non est, si tamen pro ea sponte intercesserit & soluerit, perinde habet regressum pro indemnitate sua consequenda ac si à muliere rogatus fuisset, nisi quod illo casu haberet actionem mãdati, hoc verò actionem negotiorum gestorum *l. ex mandato. 20. §. 1. inf. mand.* Ergo eadem ratio est vtroque casu succurrendi mulieris fideiussori, ne per mediam ipsius personam, mulier contra Senatusconsulti mentem conueniatur. *l. si quis ab eo. 5. infr. de lib. leg. l. cùm lex. 46. de fideiuss.* Imò quod magis est, etiamsi donandi animo fideiussor intercesserit, quo casu siue rogatus fuerit, siue non rogatus, nullum aduersus mulierem regressum habere potest. Adhuc tamen dicendum est ei succurrendum esse, quia vt Iulianus hic scribit, totam obligationẽ Senatus improbat. Totam, inquam, id est non tantum mulieris & principalem, sed accessoriam quoque, & fideiussorum, & omnium, qui pro muliere & cum ipsa obligati sunt, sic enim locus hic accipiendus est, non quomodo putat Accursius, vt mulieris quoque obligatio improbaretur. Quænam enim alia quàm mulieris aut potiùs, aut prius improbaretur? Sed totam intelligit Iulianus eam quæ ex mulieris & intercessorum ipsius obligatione conflatur, in quo obseruandum est aliam rationem esse Velleiani Senatusconsulti, aliam Macedoniani. Nam in Macedoniano non aliter succurrimus fideiussori, quàm si regressum habiturus sit aduersus filiumfamilias, non si animo donandi pro eo intercesserit, *l. sed si 9. §. non solum, supr. ad S. C. Maced.* Nimirum quia Macedonianum odio creditorum introductum est, Velleianum verò fauore mulierum *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.* Odia verò restringenda sunt & fauores ampliandi, vt habet regula iuris Põtificij, & *l. cùm quidam 19. de lib. & posth.* Et rursum ne tam facile damnum incurrat filiusfamilias creditor, qui si contra fideiussorem donandi animo intercedentem agere nõ posset, neminem haberet quem conueniret, atque ita iacturam incurreret debiti, quod non nisi accepto fideiussore contracturus fuisset, at in Velleiano non adeo periclitatur creditor, etiamsi aduersus eum qui animo donandi fideiussit, actio pura ei denegetur, quia vetus & pristina obligatio contra priorem debitorem ei restituitur, *l. debitrix 24. §. 1. infr. & l. quamuis 8. §. quoties supr. eod.* Quod & Accursius noster bene vidit, & postrema huius §. verba non obscurè innuunt.

17. AFRICANVS libro 4. Quæstionum.

VIR vxori, donationis causa, rem viliore pretio addixerat, & in id pretium creditori suo delegauerat, respondit, venditionem nullius momenti esse: & si creditor pecuniam à muliere peteret, exceptionem vtilem fore, quamuis

ditor existimauerit, mulierem debitricem mariti fuisse, nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata esset, vt marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignorasset, in quam causam mulier mutuaretur, quandoquidem plurimum intersit, vtrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat: tunc enim diligentiorem esse debere.

Ad l. Vir vxori. 17.

RAT. DVB. Valet emptio etiam quæ donationis causa facta est, si modo vniuersa venditio donationis causa facta non sit, sed tantum res in iniuste pretio distracta sit *l. si quis donationis. 38. infr. de contrah. empt.* Atqui ponit Africanus virum vxori donationis causa rem viliori pretio addixisse, vt in id pretium creditori suo eam delegaret; Ergo non potest dici eam vēditionem nullius esse momenti.

DEC. Moribus populi Romani receptum est, vt donationes inter virum & vxorem factæ, non valeāt ob rationes positas in *l. 1. 2. & 3. infr. de donat. inter vir. & vx.* Ergo nec eę valere possunt quę in fraudem iuris excogitatæ sunt, si modo cùm animū maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit vt donaret *l. si sponsus 5. §. circa venditionem iuncto §. generaliter eod. tit.* Atqui ponimus virum vxori donationis causa rem addixisse mulieri, vt modo diximus, acproinde animum donandi habuisse. Ergo venditio nullius momenti est: quæ tamen valere inter alias personas non suspectas nec prohibitas *d. l. si quis donationis, in fin.* Multùm namque interest quid à quo dicatur fiat-ve, vt dicebat Plinius, nihilque facilius est aut probabilius, quàm vt in fraudem legis factum esse præsumamus, quod à persona suspecta & prohibita suspectum est *l. qui testamentum 27. infr de probat.*

a *Et si creditor pecuniam.* RAT. DVB. Senatusconsulti exceptio non debet nocere creditori ignoranti mulierem intercedere, cùm nihil ei possit imputari *l. si mulier tanquam 11. cum l. seq. supr.* Atqui creditor qui existimauit mulierem à marito delegatam mariti debitricem fuisse, ignorabit vtique eam intercedere: non enim intercedit mulier, quæ eius debitrix est à quo delegatur *l. debitrix 24. in princip. infr. h. tit.* Ergo quamuis in proposito casu mulier non fuerit debitrix mariti, quia donationis causa facta venditio viliori pretio non valuit, vt proximè diximus, dicendum tamen videtur exceptionem mulieri vtilem esse non posse.

DEC. Mulieri vtilis est Senatusconsulti exceptio, quoties pro alio reuera intercedit, licet creditor eam ignorat intercedere, dummodo à muliere non sit deceptus, quia diligentior & curiosior esse debuit in inquirendo, an mulier à marito delegata, debitrix eius esset nec-ne, vt scire posset an ea intercederet alienámque obligationem in se susciperet, an suam propriam, quemadmodum dicere solemus de eo qui seruo alieno pecuniam credidit, curiosum scilicet eū esse debere, quo pecunia vertatur, *l. 3. §. penult. supr. de in rem vers.* In quo durior est conditio eius qui alienam obligationem transfert in mulierem, quàm illius qui ab initio cum muliere contrahit, hunc enim sufficit ignorare intercessionem mulieris, illum verò non item, vt Africanus non ineleganter hic ait. Atqui in hac specie, nōn potest dicere creditor se deceptum esse à muliere, quę se debitricem existimauit, nec rursus mulier à creditore, qui eam mariti debitricem esse credidit, sed vterque deceptus est à marito qui donationis causa vxori vendiderat viliori pretio, vt eam venditricem, constitueret, cùm tamen vēditio nullius esset momenti. Ergo dicendum est, mulieri à marito delegatæ profuturam exceptionem Senatusconsulti contra creditorem mariti, ne alioqui damno afficiatur mulier cui nihil imputari potest, & ex eius damno lucrum sentiat creditor, cui potest imputari, cur diligentior & curiosior non fuerit? Obstare tamen huic legi videtur, quod scriptum est in *l. quamuis. 8. §. si mulier. supr.* non esse locum Senatusconsulto, si mulier, quæ alieno creditori contra Senatusconsultum promisit, ab eo delegetur quasi creditrix. Sed respondendum est cum Iacobo Cuiacio qui in hanc legem scripsit feliciter, id non aliter locum habere, quàm si mulier sciuerit se non teneri, & finxerit se forte teneri ex alia causa, & creditor ignorauerit. Tunc enim deciperetur creditor à muliere quę deciperet illum impunè. In proposita autem specie, putabat mulier se teneri. Obiicitur etiam *lex prima. C. h. tit.* quæ non aliter subueniri vult mulieri, alienam obligationem in se transferenti, quàm si creditor sciuerit eam intercedere quasi contra ignorantem creditorem exceptio Senatusconsulti locum habere non debeat. Respondet idem Cuiac. & rectè, posse exceptionem Senatusconsulti nocere creditori etiam ignoranti, cùm ipsa quoque mulier intercedere se ignorauit. Itemque in casu §. proximè sequentis. Obstat denique omnium maximè quod scriptum est in *l. si fænebris 13. C. eod.* scienti creditori, qui principaliter ab initio cum muliere contraxit suam operā alij accommodante, exceptionem Senatusconsulti non nocere, nisi dicas cum eodem Cuiacio, loqui eam legem de muliere, non quæ à marito interponitur quærendæ pecuniæ causa, sed quæ sua sponte sumit pecuniam in vsum mariti, vt in *l. 4. in princip. d. l. si mulier tanquam ij. & l. sequ. supr. l. bona fide infr. h. tit.*

1 ¶ Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, & creditor curasset, ei pecuniam dotis solui, quo idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur. si possessor creditor aduersus eam Seruiana agentem exciperet. *Si, non voluntate eius pignus datum esset.* replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam [a] nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi.

Ad §.

Ad §.1. Si mulier.

RAT. DVB. Iuuatur mulier Velleiano quoties reuera intercedit pro alio, etiamsi creditor ignoret eam intercedere, si modo cum muliere quis ab initio cõtrahat, nec id agat vt alienam obligationem mulier in se suscipiat, quemadmodum proximè Africanus dixit initio huius legis, atqui cùm mulier quæ mariti rem habebat obligatam & propter dotem & propter pecuniam creditam, dixit sibi esse obligatam dotis nomine, nec de pecunia credita quicquam significauit, & postea dotis solutionem accepit à creditore mariti, vt idem pignus dotis in causam crediti sui acciperet, constat creditorem hunc mariti cum ipsa muliere ab initio contrahere, & præterea mulierem intercedere, quia remittit pignus sibi obligatum pro pecunia credita, quam nullam accepit. Ergo hoc quoque casu si mulier agat quasi Seruiana aduersus creditorẽ, eundémque possessorem pignoris & ipse aduersus mulierem excipiat de pignore sibi ex mulieris voluntate dato, danda mulieri est aduersus eam exceptionem replicatio Senatusconsulti, quia diligẽtior esse debuerit creditor in inquirendo an pignus hoc obligatum esset mulieri ex alia quàm dotis causa, ne alioqui iacturam pecuniæ creditę incurrat mulier si pignus amittat, cuius remedio indemnitati suæ maximè prospexerat: præsertim verò cùm remissio sola pignoris non sit intercessio *l. quamuis* 8 *supr. h. tit. l. etiam. C eod.* persona autem quæ consentit vt pignus sibi datũ alij obligetur, remittere pignus videatur *l. Titius* 9. *§. vlt. l. Paulus* 12. *in princip. D. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* nam neque remissio pignoris donatio est *l.* 1. *§.* 1. *infr. de remiss. pignor. l. etsi pignus* 18. *infr. quæ in fraud. credit.* quamuis etiamsi esset donatio, non posset tamen ea res inducere Senatusconsultum Velleianum, per quod non succurritur donanti mulieri, sed obligatæ *l.* 4. *in fi. supr. eod.*

DEC. Non debet Senatusconsultum nocere ignoranti creditori, qui ab initio non cum muliere ipsa contrahit, sed cum alio licet mulieris debitore, præsertim si nihil sit quod imputari creditori possit, aliquid autem sit quod sibi mulier debeat imputare, secundum ea quæ ad initium huius legis diximus: deceptis enim non decipientibus mulieribus succurrendum fuit *l.* 2. *§.* 1. *supr.* Atqui in proposita specie, creditor ab initio contrahit non tam cum muliere, quàm cum mulieris debitore marito, vt credat ei pecuniam, quam pro dote restituere mulieri maritus possit, proinde non est quod creditori quicquam imputetur, cur non fuerit diligentior, vt inquireret an mulieri præter dotem alia pecunia credita deberetur, maximè verò, cùm non id ageret vt mulier obligationem mariti in se susciperet, sed tantum vt pignus sibi à marito datum remitteret, inque suum locum creditorem succedere pateretur. E contrario autem imputandum est mulieri, quæ cum sciret sibi datum esse pignus, & propter dotem & propter pecuniam creditam, dixit tamen sibi rem pro dote obligatam esse, & de pecunia credita tacuit. Quid enim hoc aliud fuit, quàm decepisse creditorem, qui si pro pecunia quoque credita pignus datum fuisse sciuisset, vel non credidisset pecuniam marito, vel aliud pignus accepisset. Ergo si creditor, idemque possessor pignoris aduersus mulierem quasi Seruiana agentem pro pecunia credita, excipiat de remissione pignoris, non est mulieri danda replicatio Senatusconsulti contra ignorantem creditorem qui bona fide contraxit, nec minus à muliere quàm à marito deceptus est.

a *Nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.*

RAT. DVB. Non potest scientia creditoris facere vt remissio pignoris sit intercessio *d. l. quamuis* 8. *supr. & d. l. etiam. C. h. tit.* Atqui cùm mulier consentit vt pignus sibi datum alij obligetur, nihil aliud facit nisi quod pignus suum remittit *D. l. Titius* 9. *§. vlt. D. l. Paulus in princi. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Ergo nec si creditor sciuerit aliam pecuniam debitam fuisse mulieri præter dotem, & pro ea pignus datum, exceptio Senatusconsulti danda est mulieri quæ non intercessit.

DEC. Pignus ex pluribus causis datum, potest ex vna remitti, ex alia vero retineri, nec potest videri remissũ ex ea causa ex qua creditor posterior nesciuit obligatũ, quia conuẽtio siue expressa siue tacita nũquã trahitur ad incogitata, *vulg. l. cũ Aquiliana* 5. *supr. de transact.* Imò verò potest etiam creditor salua pignoris sui causa consentire pignorationi, aut alienationi pignoris. *l.* 4. *§.* 1. *eod. tit.* Atqui ponimus mulierem noluisse pignus suum remittere, nisi quatenus obligatum illud habuit ex causa dotis, non etiam ex causa pecuniæ creditæ. Ergo quatenus remittere pignus suum noluit, & tamen pignus reddidit, fatendum est videri eam pro marito intercessisse, ideóque hoc respectu iuuari etiam per Velleiani replicationem posset, nisi ei obstaret, quod dissimulando causam pecuniæ creditæ ipsa creditorem deceperit, vt in superiore specie diximus, qui tamen non posset dici deceptus si sciuisset aliam pecuniam extra causam dotis mulieri deberi: seipsum enim decepit, nec debuit certiorari qui sciuit, *l. nam si scit* 26. *supr. de rei vind. l.* 1. *in fi. infr. de act. empt.* Bene igitur Africanus distinguit. an creditor sciuerit, an ignorauerit, non quasi vno casu potiùs quàm alio mulier intercessisse videatur, sed vt si sciuerit, prodesse debeat contra eum replicatio Senatusconsulti, quæ ignoranti nocere non deberet.

2 ¶ Mulier, & Titius, cùm in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniæ rei facti sunt. non omnimodo mulierem pro parte socij videri intercessisse dicebam. nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur) potius esse, vt Senatusconsulto locus non sit, [a]at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta: tunc pro parte intercessionem factam videri, & ideo creditorem partem dumtaxat pecuniæ à muliere petere posse: quod si totum petierit, exceptione pro parte summouebitur.

Ad §. Vlt. Mulier & Titium.

RAT. DVB. Quoties duo correi debendi eiusdem pecuniæ nomine facti sunt, ob negotium aliquod commune, obligantur quidem singuli in solidum, & suo quisque nomine, sed ita tamen vt negotium vtriusque geratur, & vtilitas pecuniæ creditæ ad vnumquemque ex correis spectet, *l. 2. & passim de duob. reis l. 1. C. eod.* Atqui ponimus cum Africano mulierem & Titium in rem communem accepisse mutuam pecuniam, & pro negotio quod vtrinque pro parte contingebat. Ergo fieri non potest, vt non videatur hoc casu mulier pro Titio, pro parte intercessisse: maximè verò si vulgatam interpretum opinionem sequamur existimantium, ex pluribus correis debendi si ad alterum duntaxat negotium pertineat, eum pro principali debitore habendum, alium verò pro fideiussore. Quod ex hoc potissimũ textu probare solent. Huic enim opinioni consequens est, vt, si ergo ad vtrumque spectet negotium, vterque pro parte socij intercessisse existimetur.

DEC. Cùm quæritur, an mulier contra Senatusconsultum intercesserit nec-ne, illud maximè inspiciendum est, an & quatenus ipsius intersit obligari. Maximè verò si cum alio obligetur. Non enim statim pro alio se obligat, etiamsi cum alio se obliget. Adeoque quod magis est, tametsi se obliget in causam communem: finge enim mulierem & Titium tanquam correos debendi mutuam accepisse pecuniam, vt communis insula fulciretur, quæ alioqui in eo erat vt esset ruitura, aut ad soluendum vectigal pro fundo communi, qui alioquin commissus in publicum fuisset. Nemo dubitat quin mulieris interfuerit eam pecuniam mutuam accipere, & se cum Titio obligare potiùs quàm pati vt pecuniæ inopia vel rueret insula, vel pondus committeretur. Maius enim damnum sine dubio his casibus mulier pateretur, nec potest videri pro Titio intercedere, quæ etiamsi Titium socium non haberet, suæ obligationis, tantundem tamen pecuniæ mutuari à creditore debuisse, ne in maius illud dãnum incideret. Ergo non magis hoc casu iuuanda est mulier Velleiano, quàm si sola se obligasset.

a. *At si in aliquam.* RAT. DVB. Duo correi debendi non videntur vice mutua fideiubere, nec si sint socij, vt bene ad hunc §. partim contra Ioannem, partim contra cæteros interpretes disputat probátque Iac. Cuiacius ex *l. vers. ij. in princip. infr. de duob. reis l. si duo rei 10. eod. tit. iuncta l. 5. infr. tit. prox. l. si duo 34. supr. de recept. qui arbit. recep. l. si Titius 48. iuncta l. Granius 71. infr. de fideiuss. l. 1. infr. rem rat. hab. l. 3. §. nunc de effectu & l. 5. de libert. leg.* Vnde est quod vno ex pluribus reis in solidum conuento & solidum soluente nulla ei datur actio contra correum ad consequendam pro parte indemnitatem non solum mandati quam haberet si fideiussisset *l. ex mandato 20. §. 1. iuncta l. qui patitur 18. supr. mandat.* sed neq; negotiorum gestorum quam habet is qui sine mandato fideiussit *d. l. ex mandato §. 1.* Ob eamque causam necessaria est correo soluenti cessio actionis contra correum à creditore facienda *l. rem hereditariam 65. infr. de euiction. l. si non singuli 5. & l. si in rem 12. C. si cert. pet.* Quamuis nostri vulgò contra sentiant ex *l. 2. C. de duob. reis.* Decepti ex mendosa illius loci lectione quæ procul dubio sic emendanda est, vt pro illis verbis, *exsoluisse* legamus *Ne soluisse*, vt docuimus in vltima parte Chiliadis, meliùs quã vndecimo libro coniecturatum. Atqui ponit Africanus in hac specie mulierem & Titium tanquam correos debendi in aliquam emptionem accepisse mutuam pecuniam simpliciter nulla fideiussionis facta mentione. Ergo verum esse non potest quod Africanus respondet intercessionem hoc casu pro parte factam à muliere videri, ideoque nec posse creditorem à muliere nisi partem pecuniæ petere. Quod si totũ petat, exceptione pro parte summoueri debere.

DEC. Aliud est fideiubere, aliud intercedere. Intercessionis enim nomẽ generalius est, fideiussionis strictius. Quisquis fideiubet, intercedit, sed non quisquis intercedit fideiubet: habent enim se tanquam genus & species, vt quod dicitur de genere dicatur etiam de specie, non contra: Ergo quamuis in proposita specie mulier non possit videri fideiussisse pro Titio, fatendum tamen est videri eam intercessisse, cùm effectu & executione obligationis inspecta, vt loquitur Cuiacius, correi omnes inuicem intercedant quatenus alius pro alio obligatur in parte, quamuis vnusquisque solidum debeat pro sua nõ pro correi obligatione. *l. 1. 2. & 3. & passim de duob. reis. Iuncta l. si ex duobus 12. §. 1. eod. tit. & l. sed & si seruus 20. inf. de fideius.* Itaq; errauit in huius loci interpretatione Accursius qui fideiussionem ab intercessione non distinxit, existimans inspiciendũ esse dũtaxat an pecunia ad vtrũq; peruenerit pro parte, & pro qua parte, an in totũ, vt correus ad quem vel nihil, vel minus peruenit pro ea parte, quæ nõ peruenit, non tantũ intercessisse, sed etiã fideiussisse videatur. Quod manifestè falsum est, vt constat ex *d. l. si non singuli 5. & d. l. si in rem 12. C. si cert. pet. iuncta l. propter mutuam 4. C. de duob. reis.*

18. PAVLVS libro 8. ad Plautium.

IDEM est, si pro debitore meo Titius & mulier duo rei intercesserint.

Ad l. Idem est. 18.

RAT. DVB. Ratio dubitandi & decidendi ad hanc legem eadem est quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* nisi quod multo minus dubitari potest an contra Velleianum intercesserit mulier quæ pro debitore meo cũ Titio quasi correa debendi apud me fideiussit. Aut etiam citra fideiussionem intercessit. Etsi enim non potest videri pro Titio correo suo intercessisse, ad quem ponimus negotium non magis quam ad ipsam pertinere, cum ambo in rem debitoris mei intercesserint. Differentia tamen illa est quod in huius legis specie, mulier intercedit in totum pro debitore meo, quamuis tanquam correa debendi intercesserit, quæ tamen si correa tantum debendi esset, non nisi pro parte intercessisse pro correo videretur. Idem tamen vtroque casu iuris est vt Paulus in hac lege scribit, quia quatenus mulier intercessit, eatenus iuuatur Velleiano, quamuis in casu legis præcedentis non intercedat nisi pro parte, in casu verò huius legis in totũ, vt bene Accurs. explicat, addens quod notandum est *ex d. l. si Titius infr. de fideiussor.* vbi eadem species quæ in hac lege proponitur subducta persona mulieris propter autoritatem Senatusconsulti dandam esse in solidum actionem aduersus Titium, quæ in specie §. *vltimi legis præcedentis* non datur nisi pro parte, quia nec persona mulieris nisi pro parte subducitur, sicuti nec nisi pro parte correi intercessisse credimus.

19. AFRI-

19. AFRICANVS libro 4. Quæstionum.

TVTOR pupilli decesserat, herede instituto Titio. cùm de adeunda hereditate dubitaret, quoniam malè gesta tutela existimaretur: persuadēte matre pupilli, vt suo periculo adiret, adiit, stipulatúsq; de ea causa est, indemnem se eo nomine præstari. si ex ea causa Titius pupillo aliquid præstitisset, ísque matrem conueniret: negauit exceptioni Senatusconsulti locum esse, quando vix sit, vt aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit.

1 ¶ Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatam: [a] cùm quidam vir prætorius decessisset, duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset, & alter legitimus tutor fratri esset, & cùm paterna hereditate se abstinere vellet, mandatu vxoris defuncti, quæ mater pupillo esset, abstento pupillo solum se hereditati miscuisse. vbi similiter se respondisse Iulianus ait, si, ex caussa agente pupillo, damnum eo nomine passus esset, non impediri eum Senatusconsulto, quominùs à muliere rem seruaret.

2 ¶ In proposita specie & illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores heriditarij soluendo non fuerint, Senatusconsulto locus sit: quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. magis autē est, vt ne ob hanc quidem causam Senatusconsultum locum habeat: quando non ea mente fuerit, vt pro his intercederet: sed vt tutoris aduersus pupillum, & ceteros forte creditores indemnēm hereditatem præstaret.

3 ¶ [b] Denique, si ponamus mulierem in emptione hereditatis eo nomine damnum pati, quòd debitores hereditarij soluendo non sint: nulla (puto) dubitatio erit, quin Senatusconsulto locus non sit. etiam si maximè creditoribus aliquantum præstiterit.

4 ¶ [c] Quid ergo, si, cùm propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur: mulier hoc ipsum repromisit, vt quanto minus à quoquo eorum seruari posset, ipsa præstaret? propè est, vt sit intercessio.

Ad l. Tutor. 19.

RAT. DVB. Mater pupilli quæ Titio hæredi instituto à tutore persuasit, vt hæreditatem tutoris quasi idoneam suo periculo adiret, cùm de adeunda ea Titius mutaretur, si postea hæreditas damnosa appareat, obligatur actione mandati *l. si verò non remunerandi 12. §. si quis mandauerit vers. hoc amplius supr. mandat.* Finge ideo damnosam esse quòd hæreditarij debitores soluendo non sint, videtur obligationes illas debitorum in se suscepisse, eóq; consilio indemnitatem Titio promisisse. Ergo fatendum est videri eam pro debitoribus hæreditariis apud Titium intercessisse, & consequenter si quod ex ea causa Titius pupillo aliquid præstiterit ob tutelam à tutore male gestam, & pro indemnitate consequenda regressum habere velit contra matrem, iuuari eam Velleiano debere.

DEC. Fieri non potest, vt quis pro alio apud eundem ipsum intercedat, distinctæ enim sunt & esse debent personæ intercedentis & eius pro quo intercedituri sicut & personæ fideiussoris, & eius pro quo fideiubetur *l. heres à debitore 21. §. seruo l. Granius 71. infr. de fideiussor.* Ergo non potuit mater pupilli apud Titium pro Titio ipso intercedere. Nec enim pro alio quàm pro Titio intercessisse videri potest, vt periculo suo ad adeundam tutoris hæreditatē alioqui suspectā, eū inuitaret. Cū nihil minus cogitauerit, quàm vt pro alio vllo intercederet. Nemo autem vel inuitus vel ignorans pro alio intercedit. Et quamuis ex post facto appareat damnosam esse hæreditatē tutoris propterea quod debitores hæreditarij soluendo non sint, attamen id non fit nisi per consequētias & extra id quod agebatur, non solent autem attendi quæ fiunt per consequentias, sed ea tantum quæ principaliter aguntur *l. 1. l. quod dicitur. 7. de autorit. tut.* Id autem duntaxat inter Titium & matrem pupilli actum reuera fuit, vt mater Titium hæredem pupilli indemnem præstaret aduersus pupillum ipsum & creditores hæreditarios, si forte soluendo non esset hæreditas, vt intelligamus vel intercedendi animum non habuisse mulierem, vel non nisi pro Titio apud Titium ipsum eam intercedere voluisse, quod tamen nec volens facere potuit. Itaque potest hoc casu verè vsurpari quod Vlpianus ex Papiniano scribit in *l. quamuis 8. §. 1. supr. h. tit.* mulierem nullam videri alienationem suscepisse neque veterem neque nouam, sed ipsam, tum primùm fecisse hanc obligationem: longé que alia species est, quæ ab imperatore tractatur in *l. si mater*, vbi scriptum est intercedere videri mulierem, qui tutori se excu-

sare volenti indemnitatem repromittit, vt docuimus ad *d.l.quamuis.§.1.*

a *Cum quidam vir pratorius.* RAT. DVB. Mulier quæ alij mandat vt se obliget pro ea re quæ ad mulieris commodum & vtilitatem nõ pertineat, proculdubio intercedit apud eum cui mandat, cùm pro ea se obliget, adeo vt ij quoque intercedere videantur, qui contemplatione mandati mulieris interueniunt. *l.quanquam 7.supr.eod.* Atqui in ea specie quam Africanus ex Iuliano tractatam hic interserit, ponit Iulianus, matrem filij impuberis qui fratrem habebat eundemque legitimum tutorem, mandasse fratri tutori consilium ineunti de abstinenda fratris hæreditate, vt pupillum quidem abstineret, seipsũ autem solum hæreditati paternæ immisceret, & quidem periculo ipsius matris ita mandantis. Ergo fatendum est in illa specie mulierem intercessisse videri, vt si ex ea causa agente quandocunque pupillo damnũ eo nomine passus esset frater, idemque tutor legitimus impediretur Senatusconsulto quo minùs rem à muliere seruare posset mandati actione. Sed ratio decidendi eadem est quæ in superiore casu, nempe quòd nemo possit pro eodem apud eundem intercedere. In proposito autem si qua sit matris intercessio, ea nec pro alio esse possit quàm pro pupilli fratre tutoréque legitimo, nec rursus apud alium, quàm apud eundem ipsum fratrem, pro pupillo enim nec potuit nec voluit mater intercedere, cùm is creditor non debitor fratris proponeretur, fratérque & idem tutor legitimus debitorem se constituerit ex causa paternæ hæreditatis ei se immiscendo, à qua si abstinuisset quod facere cogitabat, nihil fratri pupillo debuisset. Immixtio namque sola illa est, quæ ipsum obligat ab oneribus hæreditariis siquidem filius qui se abstinuit paterna hæreditate, licet post abstentionem hæres nihilominus iure ciuili remaneat *l. cùm quasi 30.§.sed etsi sumus,infr.de fideicom.libert.* A prætore tamen hæredis loco non habetur. *l si filius 12.supr. de interrog. in iur.fac.l.si filius 12.infr.de vulg.&pup.* Proinde cùm mater promisit fratri tutori non & fiduciario, vt malè putat Accursius, sed legitimo filij impuberis indemnitatem suo periculo, vt & fratrem impuberem abstineret & se solùm immisceret, non potest videri intercessisse, sed potius nouam hanc obligationem fecisse, & consequenter non est quod Senatusconsulti Velleiani auxilium imploret.

b *Denique si ponamus mulierem.* RAT. DVB. Mulier quæ hæreditatem emit quam postea damnosam esse appareat ob id solùm quòd debitores hæreditarĩ soluendo non sint, obligatur tamen omnibus creditoribus hæreditariis vt etiam de suo iis satisfacere teneatur *l. quæ dotis 33. infr. sol. matr.* quia soluendo est hæreditas, quæ inuenit siue heredem siue emptorem *l. libertus.36. infr. de bon.libert. l. 2.C. de hæred. vel act.vend.* Ergo videtur mulier hoc ipso intercedere pro hærede apud creditores hæreditarios, qui alioqui debiti sui iacturam facturi essent; fortassis hærede ipso eodemq; venditore hæreditatis non minus existente non soluendo quàm testatore ipso cuius hæreditas vendita est.

DEC. Non potest mulier, nec alia quælibet persona pro se ipsa intercedere, vt supra diximus. Atqui mulier, quæ hæreditatem emit, seipsam obligat proprio nomine, non quidem creditoribus hæreditatis, sed venditori hæreditatis, vt creditoribus omnibus satisfacere teneatur *d.l.2.C de hæred.vel act. vend.* tanquam quæ sit vice hæredis *l.2. §.cùm quis. infr.eod. illo tit.* Ergo non potest videri intercedere apud creditores hæreditarios, nec magis pro hærede quàm pro seipsa. Idque ita esse apparet euidentiùs ex eo quòd nullam actionem habent in eam creditores hæreditarij, *d.l.2.C.* nisi vltro eas excipiat, vt in *l.2.C.de pact.* Nam si apud eos intercessisset, vtique ab iis conueniri ex sua intercessione posset. Nec ad rem pertinet quod debitoribus hæreditariis existentibus non soluendo, ipsa tamen creditoribus aliquantulum de suo præstiterit. Nihil enim aliud inferri ex eo potest, nisi quòd damnum passa sit mulier ex hæreditatis emptione. At non etiam quòd damnum passa sit ex sua intercessione, Senatus autem non succurrit mulieri cuilibet damnum passæ, sed ei tantum quæ ex sua pro alio intercessione damnum senserit.

c *Quid ergo si cum propterea.* RAT. DVB. Nihil est propter quod magis dubitare debeat hæres institutus aut legitimus, an hæreditatem adire debeat nécne, quàm quia subest iustus metus latentis æris alieni, quod postea emergere potest, aut quia dubitet an hæreditarij debitores sint soluendo, licet aliæ etiam causæ nonnullæ esse possint *leg. 4.infr.ad S.C.Velleianum l.si in testamento 22. §. vlt. infr.si quis omiss.causa test.* Ergo nihil interest an mulier mandet periculo suo hæredi vt adeat hæreditatem, an verò ei repromittat indemnitatem, si quod damnum per inopiam debitorum hæreditariorum aut qua alia de causa passurus sit. Atqui priore casu mulier non intercedit, vt iam diximus. Ergo nec posteriore.

DEC. Cùm mulier hæredi cunctanti de adeunda hæreditate ob id solum quod nomina debitorum parum idonea existimaret, ei repromisit se præstaturam, quanto minus à quoquo eorum seruari posset, apertè obligationes eorum in se suscipit, quamuis non tam eo consilio faciat vt ijs prosit quàm vt sibi aut filio suo impuberi. Ergo intercedit. Quid enim aliud est intercedere, quàm alienã obligationem in se suscipere, & pro alio se obligare? Ergo iuuãda est eo casu mulier exceptione Velleiani, si à Titio qui eius periculo adiit, ex sua intercessione conueniatur. Idque est quod Africanus significat postremis illis verbis, *Propè est vt sit intercessio.* Non quasi putet propriè intercessionem non esse, vt Martinus credidit, sed vt modestiùs sententiam suam insinuet. Quomodo prudentes nostri facere solent, ac si scripsisset, *Magis est vt sit intercessio*, vt in *l.Stichum aut Pamphilum 95.§.penultim.infr. de solut.*

1 ¶ Cùm haberes Titium debitorem, & pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris: petiit à me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi, & stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iussit, deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. quæsitum est, si eam pecuniam à muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei prosit. respondit, videndum,

dendum, ne non sine ratione dicatur, eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere: vt quemadmodum illi, (quamuis ignorauerit mulierem intercedere) exceptio aduersus creditorem datur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque aduersus te vtilis exceptio detur, mihíque in mulierem actio denegetur: quando hæc actio periculo mulieris futura sit,[a] & hæc paulo expeditiùs dicenda, si priùs, quàm ego tibi pecuniam soluerem, compererim eam intercessisse. ceterùm si ante soluerim, videndum, vtrúmne nihilominùs mulieri quidem exceptio aduersus me dari debeat, & ego tibi condicere pecuniam possim, an verò perinde habēdum sit, ac si ab initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses, quod quidem magis dicendum existimauit: vt sic Senatusconsulto locus non sit,[b] sicuti & cùm debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit, quæ postea non rectè comparari ait: quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur si (vt in proposito) alienam obligationem in se transtulerit: quod certè Senatus fieri noluit.

Ad §. 1. Cùm haberes.

R A T. D V B. Non est locus Senatusconsulto, nisi cùm & mulier pro aliquo intercedit apud creditorem & creditor scit eam intercedere, non etiam si ignoret, *l. si mulier 11. & seq. supr. hoc tit.* Atqui in specie huius §. ponit Africanus mulieri mutuam pecuniam petenti numeratam fuisse à me ignorante, in quam causam mutuaretur, aut quod effectu idem est, quia nummos ad manum non habebam stipulanti tibi promissam à me fuisse iussu mulieris. Cùm ignorarem ea mente negotium geri à muliere, vt apud te, pro Titio debitore tuo intercederet. Ergo si eam pecuniam stipulanti mihi mulier promiserit, eámque ex stipulatione à muliere petam, exceptio Senatusconsulti neque ei prodesse, neque mihi prodesse debet.

D E C. Non indiget Senatusconsulti auxilio contra mulierem is qui pro muliere intercedente fideiussit, cùm exceptio Senatusconsulti quæ mulieri prodest, etiam fideiussori eius prodesse debeat *l. si mulier 16. §. 1.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie sicut dubitari nō potest quin mulier pro debitore tuo apud te intercesserit, cùm intercedendi animum habuerit. Ita neque dubitandū est quin pro ea videat fideiussisse apud te, quāuis negotium quod inter te & eam gerebatur, ignorauerim. Ergo quemadmodum fideiussori mulieris, etiamsi ignorauerit mulierem intercedere, danda est exceptio Senatusconsulti, ne alioqui danda sit fideiussori contra mulierem mandati actio, ita & in hoc casu dicendum est, mihi dandam vtilem Senatusconsulti aduersus te exceptionem: Ac proinde mihi contra mulierem denegandam esse actionem mandati, cùm alioquin euenire necesse esset, vt mea obligatio periculo mulieris cederet, quam proinde ex sua intercessione periclitari contingeret contra mentem Senatusconsulti.

a *Et hæc paulò expeditius dicenda sunt.* R A T. D V B. Etiamsi non compererim mulierem intercessisse pro debitore tuo priusquam ego tibi pecuniam soluerem, attamen verum est Senatusconsulto locum esse, vt mihi in mulierem actio denegari debeat, quoniam hæc obligatio periculo mulieris futura sit, vt proximè diximus. Ergo non potest fieri conditio mea deterior ob id quod ante solutionem sciuerim mulierem intercedere, & stultum videtur monere Senatusconsultum nocere creditori scienti in ea specie in qua nocere debeat etiam ignoranti.

D E C. Scientia creditoris, non ignorantis mulierem intercedere, etsi non semper facit deteriorem creditoris conditionem, eo scilicet casu quo ignorans quoque creditor Senatusconsulti exceptione summoueri debeat, semper tamen facit, vt certiùs & expeditiùs, Senatusconsulto locum esse, cùm regulare sit, vt scienti tantum noceat nō etiam ignoranti *l. imò. 12. & l. vir vxori. 17. & passim supr. hoc tit.* Itaque in proposita specie si ponas me sciuisse mulierem intercedere priusquam ego Titij pecuniam soluerim, certum & indubitatum ius est Senatusconsulto locum esse, mihíque actionem in mulierem denegari debere. At si ignorauerim, non æquè facilè induci potest autoritas Senatusconsulti. id enim est quod Africanus subiicit in versiculo: *Ceterùm si antè soluerim.* Vbi ait quæstioni eo casu locum superesse, an mulieri aduersus me exceptio dari debeat & ego tibi condicere pecuniam possim quam solui, an verò perinde habendum sit ac si in ipso initio contractus pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum iuisses, id est, mihi pecuniam ex causa crediti debere cœpisses. In qua quæstione si priorem dubitationis partem amplectamur, Senatusconsulto locus est, sin posteriorem, Senatusconsulto locus non est: inclinat autem Africanus in posteriorem partem, & cōcludit Senatusconsulto locum non esse, scilicet propter meam ignorantiam, quasi non sit hic casus ex eorum numero in quibus etiam ignoranti Senatusconsultum nocet. Et in hoc sane recedit à priore sententia quam suprà explicauimus, & in qua admittebat Senatusconsulto locum esse, etiam contra me ignorantem. Quonam enim iure putasset mihi succurrendum esse tanquam fideiussori mulieris aduersus Titium, si non credidisset iuuandam Senatusconsulto mulierem, pro qua ego apud Titium fideiussissem? Priùs enim est, vt Senatusconsultum locum habeat in persona mulieris quam vt propter mulierem fideiussoribus eius eodem Senatusconsulto succurratur. Nec tamen existimandum est secum pugnasse Africanum in hac specie, aut quomodo Cuiacius putat, à Iuliano dissensisse. Verba enim illa primi responsi, *Videndum ne non sine*

ratione dicatur. Verba sunt Africani adhuc dubitantis quid in tam perplexa quæstione respondendum esset, ac mox in vtramq; partem disputaturi, non autem definientis quid vel ipse, vel Iulianus sentiret. Quod aperit & concludit tandem in *d. versic. Cæterum*. nempe Senatusconsulto locum non esse, cui prius dixerat videri esse locum posse. Quanquam obseruandum est secundum vtramque sententiam sic Africanum existimare, vt mihi succurri oporteat: sed alia atq; alia ratione. Secundum priorem quidem sententiam tanquam mulieris fideiussori denegata & Titio creditori contra me, & mihi contra mulierem actione quasi Senatusconsulto locum hîc habente. Secundum posteriorem verò sententiam data mihi contra mulierem actione sicut & Titio contra me quasi cessante Senatusconsulto; Quomodo cessaret si ab initio mulieri pecuniam numerassem ignorans in quos vsus eam pecuniam mutuaretur, vt in *d. l. si mulier 11. & seq. & dicta l. vir vxori 17. supr. hoc tit.* Quare concludendum est cum Africano non esse in hac specie locum Senatusconsulto, cum mulier, antequam ego pecuniam ei crediderim, non fuerit obligata, & consequenter perinde haberi debeat, ac si pecuniam ipsa numerasset, quamuis intercessura hoc fecisset, *l. quamuis. 8. §. planè supr. hoc tit.*

b *Sicut & condebitorē suum.* RAT DVB Mulieri, quæ debitorem suum delegauit, perinde cōdictio competit atq; si pecuniam soluisset, quasi contra Senatusconsultum intercesserit. *d. l. quamuis. 8. §. Interdum. supr. hoc tit.* Ergo non est absolutè verū quod hîc scribitur, cùm mulier debitorem suum delegauit, nec intercessioni, nec proinde Senatusconsulto locum esse, maximè verò si intercessura delegauerit.

DEC Delegatio pro solutione est, *d. §. interdum.* Nec quicquam refert an mulier debitorē suum delegauerit pro alio, an verò pecuniam soluerit, & numerauerit. Atqui Senatuscōsul ū nō succurrit mulieri soluenti aut donanti, sed ei tantū quæ se obligauit *l. 4. §. vltim supr.* Ergo nec succurrendum est ei quę debitorem suum delegauit. Aliud enim est mulierem aliquid facere, quasi intercessuram, aliud verò quasi intercedere. *d. l. quamuis. §. planè.* Si tamen mulier, cùm iam aduersus Senatusconsultum obligata esset, debitorem suum delegauerit, condictio ei competet, quia competeret, etiamsi soluisset, non quasi delegando intercesserit, sed propter delegationem præcedentem contra Senatusconsultum factam *d. §. Interdum.* Est igitur hic versiculus intelligendus de muliere, quæ debitorem suum delegauerit, cùm nondum esset obligata, vt benè Accursius explicat. Sunt autem hæc verba siue Iuliani, vt putat Cuiac. siue Africani, vt Accurs. quasi afferētis casū similem superiori, vt prober clarius. Nec in superiore specie locum esse intercessioni & Senatusconsulto: Sed tamen idem ille quisquis est, similitudinem hanc reprobat in verbis illic sequentibus, *quę postea non rectè comparari ait*, & ostendit casum hunc dissimilem esse à superiore, in eo quod delegatione, debitoris facta per mulierem non ante obligatam, non idcirco mulier obligatur, sed soluit potius, vt diximus, & ideò quantum ad Senatuscōsultum pertinet, non intercedit, licet intercedēdi animo delegauerit aut soluerit. At in proposita specie negari nō potest quin mulier se obligauerit & alienam obligationem in se trāstulerit. Quod certè cōtra Senatusconsulti mentem factum esset, nisi creditoris ignorantiæ eum, vt supra diximus, excusaret. Et ita hic versiculus vltimus omninò intelligendus est, non quomodo Accursius putat quasi Iulianus ab Africano dissentiat, & argumentum sit Africani, responsio autem Iuliani. Quod ridiculum esset, cùm Africanus Iuliani discipulus fuerit non magister. Nec subtilius Africani magnus interpres Cuiacius scribit Iulianum in hac specie variasse, vt existimauerit in superiore specie, si ego tibi pecuniam pro mulieris debitore soluerim, priusquam comperetim eam intercessisse, Senatusconsulto locum non esse, sicut nec cùm debitorem suum mulier pro alio delegauit. Postea verò, id est, inquit Cuiacius in posterioribus libris, idem Iulianus crediderit, imò locum esse Senatusconsulto, propter alienam obligationem à muliere in se translatam. Cùm tamen neque Iuliani, neque Africani mens illa fuerit, vt diceret in prima specie Senatusconsulto locum esse, præsupposita ignorantia creditoris, quam textus supponit in versiculo *Cæterùm*, sed tantùm vt moneret casum illum non esse similem delegationi factæ à muliere, sed longè dubitabiliorem etiam supposita ignorantia creditoris, propterea quod in casu delegationis mulier non obligetur, quæ in alio casu obligatur, sed non tamen contra Senatusconsultum, si creditor ignorauerit eam intercedere, secus si sciuerit.

20. Idem libro 8. Quæstionum.

SI pro vno reo intercessit mulier, aduersus vtrumque restituitur actio creditori.

Ad l. Si pro vno. 20.

RAT. DVB. Actio quæ creditori restituitur aduersus debitorem pro quo mulier intercessit, nihil aliud ei debet reddere, quàm quod intercessio mulieris abstulerat, non enim fit ea restitutio nisi vt indemnis creditor seruetur, *l. debitrix 24. §. 1. infr. hoc ti.* Atqui cùm pro vno reo ex duobus correis debendi mulier intercessit, solus ille per intercessionem mulieris liberatur, non etiam correis, pro quo nec intercedendi animum mulier habuit, ne alioqui operetur actus vltra intentionem agentis, *vulg. l. non omnis supr. de reb. cred.* Ergo non nisi contra eum pro quo mulier intercessit, restituenda est actio creditori.

DEC. Cùm plures sunt correi debendi, vna tātum est obligatio, quæ proinde si in vnius persona tollatur siue solutione, siue nouatione, siue acceptilatione, siue etiam petitione, in alterius quoq; persona tollitur, *l. 2. & 3. §. 1. & passim infr. de duob. reis.* Atqui ponimus mulierem pro vno ex correis debendi intercessisse, non simpliciter aut per fideiussorem, quæ vtrumque in nouatione retinet, sed nouandi animo, vt bene interpretatur Accursius: alioqui quomodo ille argumentatur, quare restitueretur actio, aut quo iure, contra vtrumque, si alter tantum esset liberatus, siquidem restitutio actionis præsupponit eius extinctionem, & pręcedentis obligationis liberationem? Ergo necesse est vt contra vtrumq; restituatur creditori actio, ne alioqui maneat in dāno, si cùm antea duos

tea duos haberet debitores, vnum duntaxat habere incipiat. Aliud iuris est si duo rei stipulandi fuerint, & apud alterutrum ipsorum mulier intercesserit pro debitore, quamuis animo nouandi: ei namque soli restituenda est actio apud quem intercessit, *l. quamuis. 8. §. quanquam in omnes*, vbi diximus *supr. hoc tit.*

21. CALLISTRATVS libro 3. Institutionum.

SI pro aliquo mulier intercesserit, & in rem eius, quod acceptum est, vertatur: exceptio Senatusconsulti locum non habet: quia non fit pauperior.

1 ¶ [a] Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius, propter solutionem vexaretur: non erit tuta Senatusconsulto Velleiano. oneribus enim earum Senatus succurrit.

Ad l. Si pro aliquo. 21.

RAT. DVB. Senatusconsultum generaliter succurrit mulieribus quæ pro aliquo intercesserunt se obligando. Vnde Senatusconsultum de intercessionibus mulierum appellatur. Ergo si pro aliquo mulier intercesserit, licet id quod acceptum est, in rem mulieris versum sit, nõ eo minus tamen ei succurrendum est.

DEC. Ea mens fuit proculdubio Senatusconsulti, vt succurreret mulieribus intercedentibus, & pro alio se obligantibus, ita demum si propter intercessionem illam fierent pauperiores, ne scilicet ex facilitate & lubrico sui sexus periclitarentur: Atqui mulier, in cuius rem versa est pecunia pro qua intercessit, non fit ex sua intercessione pauperior. Ergo nec Senatusconsulti exceptione iuuanda est *l. 3. l. aliquando 13. l. vir vxori §. vlt. supr. hoc tit. & l. proxima infr.*

a *Item si quid liberaliter fecerit.* RAT. DVB. Liberaliter facit mulier etiam quæ pro alio se vltro obligat nullo iure neque persona vlla cogente, donari enim videtur quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l. donari 81. de reg. iur. l. donari 29. infr de donat.* Atqui donare perdere est, *l filiusfamilias 7. cod. tit. de donat.* Nec ad aliud prodest donanti donatio, nisi vt donatarium accipientem obliget ad antidora & remunerationem, sed naturaliter tantum, non etiam ciuiliter, *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de petit. hered.* Ergo etiamsi liberaliter quid fecerit mulier, puta, ne iudicatus pater eius & condemnatus vexaretur, siue pro eo soluerit siue se obligauerit, dicendum videtur Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatusconsultum succurrit duntaxat oneribus mulierum, id est, mulieribus se obligantibus, non autem donantibus, quia nec tam faciles sunt ad donandum quàm ad se obligandum *l. 4.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Nec restituuntur per Senatusconsultum in his quæ ex patrimonio suo diminuunt, sed in his tantum in quibus se pro alio obligant, *l. quamuis 8. §. planè si mulier supr. hoc tit.* Ergo si mulier pro patre liberaliter soluerit, non ei succurritur Velleiano, nisi iam pro patre obligata soluerit *d. l. quamuis. §. interdum.* Aut nisi liberaliter nunc primum se pro patre obliget, quod nisi contra Senatusconsultum facere non potest, & ita bene Accursius quoque interpretatur.

22. PAVLVS libro 6. Regularum.

SI mulieri dederim pecuniam, vt eam creditori meo soluat, vel expromittat, si ea expromiserit: locum non esse Senatusconsulto, Pomponius scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari.

Ad l. Si mulieri. 22.

RAT. DVB. Mulier cui dedi pecuniam vt creditori meo soluat; aut vt eam pro me expromittat, id est, animo nouandi se obliget pro me alij, siue fuerim obligatus siue non fuerim, proculdubio pro me intercedit. Ergo iuuanda est Senatusconsulto, quod de fœminarum intercessionibus factum est.

DEC. Non omnis mulier quæ pro alio intercedit, iuuatur Velleiano, sed ea tantum quæ intercedit in rem alienam non in suam. *l. 3. & 4. & seq. supr. hoc tit.* Atqui cum mulieri nondum obligatæ dedi pecuniam, vt eam vel creditori meo soluat vel expromittat, tametsi se obliget, & reuera intercedat, in rem tamen suam non in meam videtur intercedere, cùm mandati actione mihi obligata sit, vt pecuniam meam, quæ ad se peruenit, mihi restituat, qua tamen actione liberatur, siue pecuniam illam pro me soluerit siue expromiserit, quia rem meam iuxta fines mandati diligenter & vtiliter gessi. Nec solùm pauperior facta non est, per huiusmodi intercessionem, quod sufficeret vt Senatusconsulto locus non esset *l. proxima in princip. l. si mulieri soluero. 15. supr hoc tit.* Sed etiam locupletior facta intelligitur, quia se ab obligatione & actione mãdati liberauit, *l. si pupillus. 66. de solut. l. species. 12. infr. de acceptil.* Benè igitur Paulus ex Pomponio hic scribit, Senatusconsulto in hac specie locum non esse.

23. IDEM libro singulari ad Senatusconsultum Velleianum.

SI mulier in iure interrogata, responderit se heredem esse, si sciens se heredem non esse, responderit: minime intercessisse videri, quia decepit, [a] quòd si existimauit se heredem, & eo nomine decepta responderit: in eam actionem quidem dari plerique existimauerunt: sed exceptione Senatusconsulti adiuuari.

Ad l. Si mulier. 23.

RAT. DVB. Mulier, quæ in iure interrogata an esset hęres Titij, respondet se hęredem esse, cùm sciret non se, sed Sempronium Titij esse hæredem, transfert sine dubio in se actionem, quæ contra Sempronium tanquam verum hæredem dari deberet, cum ex sua responsione, quamuis falsa obligetur actione interrogatoria, vt proinde possit con-

ueniri tanquam hæres ac si verè hæres esset, *l. 1. & tot. tit. supr. de interrog. in iur. fac.* Ergo pro Sempronio intercedit, & quidem contra Senatusconsultum Vellcianũ. Quid enim aliud est intercedere quàm alienam obligationem in se transferre, *l. tutor. 19 in fin. sup. hoc tit?*

Dec. Deceptis, non decipientibus Senatus succurrit, *l. 2. l. si decipiendi. 30. hoc tit.* Atqui mulier quæ, cùm sciat se hæredem non esse, respondet & fatetur se hæredem, id omnino agit vt decipiat interrogantem. Ergo iuuari Velleiano non debet, quamuis reuera intercesserit, quia quod ad Senatusconsultum pertinet, intercessisse non videtur.

a *Quod si existimauit.* Rat. dub. Mulieri intercedenti & deceptæ succurritur per Senatusconsultum, ita vt contra eam actio non dari debeat, *l. 1. supr. hoc tit.* Atqui mulier, quæ existimans se hæredem esse, cùm non esset, interrogata respondit se hæredem, & intercessit, cùm actionem, quæ aduersus verum hæredem dirigi debuit, in se trãstulerit, & decepta est potiùs quàm deceperit. Ergo iuuanda est Velleiano, hactenus ne contra eam actio detur. Meliùs enim est actionem contra eam denegari, quàm ei conuentæ exceptionem Senatusconsulti accommodari.

Dec. Non habet animum intercedendi mulier quæ hæredem se esse respondet, cùm ita existimet, & cùm interrogatoria actione obligatur, non tam creditoris quàm proprio suo facto & errore in laqueum suæ obligationis incidit. Ergo non tam amarè cum creditore agendum est, vt actionem ei denegare omnino prætor debeat, & tamen quia reuera intercessit, cùm obligationem, quæ aduersus verum hæredem danda erat, in se transtulerit, æquum est Senatusconsulti exceptionem ei accommodari, vt hoc veluti temperamento adhibito, & rationi iuris & æquitati satisfiat.

24. Idem libro singulari de intercessionibus feminarum.

Debitrix mulier à creditore delegata pro eo, cui delegata est, promisit. non vtetur exceptione.

Ad l. Debitrix. 24.

Rat. dub. Mulier, quæ à creditore suo delegatã si pro eo promiserit ei cui delegata est, intercedit pro creditore apud eum cui passa est se delegari, nam & hoc modo fit intercessio. Ergo Velleiano iuuanda est.

Dec. Senatusconsulti exceptio tunc mulieri danda est, cùm principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit, non etiam si cùm debitrix esset, pro creditore suo alij se obligauerit, vel ab eo seipsam aut debitorem suum delegari passa sit, *l. 2. C. hoc tit* quia hoc casu in rem suam obligari videtur, cùm à creditore suo liberetur, nec fiat pauperior, *l. si pro aliquo 21. sup. h. tit.*

1 ¶ Sed si pecuniam promisit, ne delegetur: intercessisse videtur.

Ad §. 1. Sed si pecuniam.

Rat. dub. Fœmina quæ, si delegaretur, intercederet, cùm promittit pecuniã ne delegetur, certè non intercedit: non enim fit delegatio nisi per solemnem stipulationem animo nouandi interpositam ab eo cui quis delegatur, *§. præterea. Inst. quib. mod. sol. oblig. l. 1. 3. & vlt. Cod. de nouat. & deleg.* Ergo neque Velleiano iuuanda est.

Dec. Nihil interest, an quis intercessionem mulieris admittat, an verò pretiũ intercessionis ab ea accipiat. Effectus enim idem est, & æquè fit mulier vtroque casu pauperior contra mentem Senatusconsulti, *l. si pro aliquo. 21. supr. hoc tit.* Alioqui inuenta esset ratio admittendæ intercessionis mulierum contra prohibitionem Senatusconsulti, vt in *l. magis puto. 5. §. si pupillus infr. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quæcunque autem in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, ea Senatus irrita haberi voluit, *l. quidam. 29. in fi. infr. hoc tit.* Quid enim refert an contra legem vel Senatusconsultum aliquid fiat, an in fraudem legis vel Senatusconsulti? nisi quòd grauius peccat qui in fraudem legis vel Senatusconsulti subdolè aliquid comminiscitur, quàm qui apertè verba legis, vel Senatusconsulti offendit, *l. contra. 29. & sequen. supr. de legib. l. vlt. infr. de ritu nupt.*

2 ¶ Si Senatusconsulti beneficium interuenerit: vtrum statim cum mulier intercesserit, actio in priorem debitorem competit: an, si mulier solutum condicat, puto statim, & non exspectandam solutionem.

Ad § 2. Si Senatusconsulti.

Rat. dub. Potest fieri vt mulier quæ contra Senatusconsultum intercessit, Senatusconsulti tamen exceptione vti nolit, adeòque caueat se non vsuram, vt in *l. vlt. §. penult. infr. nemo enim iure suo vti cogitur. l. si index. 41 supr. de minor. l. penult. Cod. de pact.* Atqui non alia ratio est restituendæ veteris actionis in priorem debitorem pro quo mulier nouandi animo intercessit, quàm ne in damno & iactura maneat creditor qui pro vetere debitore mulieris obligationem & intercessionem admisit, atque ita priorem debitorem amisit. Ergo non est danda creditori actio restitutoria contra priorem debitorem, quousque mulier soluerit & condixerit, ac proinde expectandum est, non tantum vt mulier soluat, sed etiam vt solutum repetat.

Dec. Quoties mulier contra Senatusconsultum intercedit, certum est Senatusconsulti exceptionem ei competere, & quidem ita fauorabilem, vt etiamsi obligationem agnouerit & soluerit, repetitio tamen ei danda sit *l. qui exceptionem. 40. supr. de condict. indeb.* Nisi beneficium Senatusconsulti ipsa sibi præripuerit cauendo se exceptione non vsuram, vt in *d. l. vlt. §. penult. infr.* Atqui nihil interest, an quis ipso iure obligatus non sit, an verò exceptionem aliquam habere possit, *l. nihil interest, 112. de reg. iu.* Meritò igitur dicendum est, statim competere creditori restitutoriam aduersus veterem debitorem. Cuius certè nihil interest, cùm in ea causa sit, vt omnino actionem suscipere cogatur, vt scriptum est in *l. aliquando 13. §. vlt.* vbi diximus *supr.* Iuris enim ratio quæ semper certa est, non debet ex euentu pendere, nec ex mulieris voluntate, quam satis est, posse per exceptionem Senatusconsulti assequi, ne cogatur soluere, & cùm soluerit, vt possit repetere. Ergo statim atque mulier contra Senatusconsultum intercessit, verum est competere actionem restitutoriam in priorem debitorem, vt

eius causa talis fiat, qualis futura erat si mulier non intercessisset.

3 ¶ Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit: temporalis actio restituetur.[a] sic tamen, vt ex præcedenti causa, continua tempora numerentur post restitutionem: quamuis statim, atque intercessit mulier, competierit.

Ad. §. vlt. si pro eo.

RAT. DVB. Actio restitutoria quæ propter mulieris intercessionẽ competit aduersus veterem debitorem, competit nitens iuris & legis potestate *l. quamuis* 8. §. *quoties supr. h. t.* Atqui obligationes, quæ ex lege & iuris ratione inducuntur, sunt perpetuæ, quia & lex ipsa & iuris ratio perpetua est, *Inst. de perpet. & temp. act. in princ. l. sicut 3 & l. omnes. 4. C. de praescript. 30. vel 40 ann* Ergo si pro eo qui temporali actione tenebatur, puta redhibitoria quæ sex mensibus finitur, *l. cùm sex 56. infr. de ædil. edict. mulier.* intercessit actio, quæ restituitur non iam temporalis vt antea, sed perpetua esse debet, præsertim cùm videatur quodammodo substituta in locum actionis perpetuæ, quæ aduersus mulierem ex intercessione competeret, si Senatusconsulto non iuuaretur. Tritum enim est actionem subrogatam in locum alterius naturam eius induere, in cuius locum subrogatur, *vulg. l. si quis eum 10. § qui iniuriarum. supr. si quis caution.*

DEC. Restitutoria actio quamuis non sit eadem illa numero quæ per intercessionem mulieris sublata fuit (erat enim illa directa, hæc vtilis *d. l. quamuis. §. si conuenerit. & §. si mulieri supr. hoc tit.*, eadem tamen est specie & qualitate, ideóque nimirum restitutoria appellatur quasi restituta. Ergo qualis erat ante mulieris intercessionem, talis restitui debet, ac proinde temporalis, si temporalis primùm fuerat.

a *Sic tamen vt ex præcedenti causa.* RAT DVB. Quemadmodum non valenti agere non currit præscriptio. *l. 1. §. vlt. C. de annal. excep.* Ita ex quo incipit actio competere, certum est eius tempora currere *l. in rebus. 30. & omnes. C. de iur. dot. auth. nisi tricennale. C. de bon. mater.* Atqui actio restitutoria incipit competere statim atque mulier contra Senatusconsultum intercessit, vt diximus in §. *Proximo.* Ergo continua tẽpora, quibus durare potuit prior actio, numeranda sunt ex quo mulier intercessit, non autem ex quo restitutoriam actionem creditor à prætore impetrauit.

DEC. Non possunt currere tempora iam extinctæ actionis, quia non entis nullæ sunt qualitates. *vulg. l. penult. supr. de reb. credit. l. si partem. 19. supr. D. quemad. seruit. amit.* Atqui ponimus extinctã fuisse priorẽ actionẽ per intercessionem mulieris animo nouandi factã. Ergo non possunt continua eius tẽpora currere, nisi ex quo die restituta est, quãuis ipsius restituẽdæ ius iã ante cõpetierit, alioquin euenire facilè posset, vt finiretur actio tẽporalis restitutoria priusquã fuisset restituta, quod absurdum esset, prius enim est, vt quid initiũ habeat quàm vt finiatur. *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. infr. de cond. & dem.* Sanè, quin computanda sint tempora quæ intercessionem mulieris præcesserunt, dubitari non potest, quamuis actio restitutoria alia sit numero, licet eadẽ specie & qualitate, vt diximus: sic enim scriptum est in specie licet dissimili in *l. vlt. supr. de minorib* Vbi ostendimus eandem esse Pauli sententiam in hac lege quæ Pomponij in illa, eandemq; esse legis vtriusq; rationem in eo quoque vt continuationis tẽpora quæ pro restitutoria actione competunt, quemadmodum apud Pomponium non incipiunt currere nisi ex die petitæ restitutionis. Itaq; hic apud Paulum nisi ex die impetratæ actionis, contra quam Accursius censet. Itémque Cuiacius qui errorem Accursij secutus putauit legendum (quoniam) pro (quamuis) vt decidendi rationem faciat, quæ paulo fuit dubitandi.

25. MODESTINVS libro singulari de Euremáticis.

SI domina seruo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur.

1 ¶ Quod si pro eo fideiusserit exceptione Senatusconsulti Velleiani, iudicio conuenta, aduersus creditorem tueri se poterit: nisi pro suo negotio hoc fecerit.

Ad l. Si domina. 25.

RAT. DVB. Nihil videtur interesse, an domina seruo suo pecuniam credi iusserit, an pro eo fideiusserit, fideiubere namque nihil aliud est quã fide sua esse iubere, vt verbum ipsum sonat. Atqui domina quæ iubet seruo pecuniam credi, non iuuatur Velleiano, sed tenetur honoraria & prætoria actione quod iussu, vt Modestinus hic fatetur, vt scriptum est in *l. 2. §. 1. supr. tit. prox.* Ergo nec iuuanda est Velleiano, si pro seruo suo fideiubeat. Nec enim prohibitum est dominis fideiubere pro seruis. *§. 1. Infr. de fideiuss.* Ergo nec si domina pro seruo fideiusserit, iuuanda est Velleiano.

DEC. differentia larga est inter iussum & fideiussionem, iussus enim intercessio non est, at fideiussio intercessio est, nempe quia qui iubet, seipsum priorem & suo nomine obligat, qui autem fideiubet, obligat se pro alio. Meritò igitur Modestinus respondet dominam iubentem credi seruo non iuuari Velleiano, fideiubentem verò si sua fideiussione cõueniatur, iuuari scilicet. vt ille subiicit, nisi pro suo negotio hoc fecerit, mulieri enim quamuis intercedenti, si in rem & vtilitatem suam intercedat, numquam succurritur *l. aliquando 13.* vbi diximus & alibi sæpius.

26. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

SI mulier intercedendi animo, seruum alienum, suum esse responderit: quasi intercesserit: auxilio Senatusconsulti vtetur planè si pro bona fide seruiente sibi responderit, non videtur intercessisse.

Ad l. Si mulier intercedendi. 26.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem ferè est quæ ad *l. si mulier in iure 23. supr. hoc tit.* nisi quod ibi tractat Paulus de muliere quæ in iure in-

terrogata respondit se hæredem esse cùm non esset, sed esse se existimaret, hic verò Vlpianus de muliere, quæ sciens & intercedendi animo respondit suũ esse seruum qui re vera esset alienus. Nam & huic Velleian. iuuanda est quod verè intercesserit & intercedendi animũ habuerit falso suo responso trãsferens in se actionem, quę contra verum dominum dari debuerat. Itaque distinctio, quæ adhibetur *in d. l. si mulier*, hic quoque adhibenda est, vt benè monet Accursius. An scilicet non tantùm intercedendi, sed etiam decipiendi animum habuerit, an verò intercedendi duntaxat, non decipiendi, vt priore casu iuuetur Velleiano. *l. si decipiendi infr.* sed tantum posteriore. Quanquam difficile est dicere quî fieri possit, vt decipiendi animum non habeat mulier, quæ sciens alienum esse seruum, de quo interrogatur, eum, tamen suum esse respõderit, nam, & eam, quæ sciens se hæredem non esse, tamen se hæredem esse responderit, Paulus habet pro decipiente, ideóque Velleiano iuuandam esse negat in *d. l. 23. supr.* Nisi dicamus intelligendam esse legem hanc de muliere, quæ intercedendi animo respondit suum esse seruum, quem non ipsa tantum, sed is quoque, à quo interrogabatur, alienum esse sciebat, neque enim is, qui sciuit, videri potest deceptus nisi à seipso *l. nam si actor. 26. supr. de rei vind. l. imo 16. §. tunc habet infr. de liberat. cau.* Est tamen aliqua differentia inter eum, qui cùm non sit heres, respondet se heredem esse, & illum, qui alienum seruum suum esse falso confessus est, vt constat ex *l. qui seruum 20. supr. de interreg. in vir. fac.* sed ea differentia ad hanc legem nil pertinet.

a *Planè si pro bona fide seruienti.* RAT. DVB. Is qui bona fide seruit, siue liber sit, siue seruus alienus, certè eius seruus non est, cui bona fide seruit, *l. acquiruntur. 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. dom.* Ergo, si mulier talem hominem sibi bona fide seruientem suum esse responderit, & quidem animum intercedendi, vt ponimus, falsum proculdubio respondit, & consequenter Velleiano iuuanda est, si non etiam decipiendi animum habuerit, vt modo diximus.

DEC. Quisquis bona fide seruit, licet verè seruus non sit eius cui seruit, quoniam aliud est seruire, aliud seruum esse, illud facti, hoc iuris est, attamen prope est, vt seruus dici possit, quia saltem in seruitute esse videtur, *l. si postulauerit 27. §. si bona fide infr. ad l. Iul. de adult.* Ergo non tam intercessisse hoc casu videtur mulier, quàm verum respondisse, præsertim cùm mendacij suspicio euitanda sit, nec omninò falsum videri possit, quod aliqua ratione veritatis primordio adiuuatur, *l. cùm filius 76. §. hæres meus de leg. 2.* Quomodo dicimus etiam aliquando contingere, vt libertus serui appellatione contineatur, nec verba omninò repugnare, *l. talem institutionem §. 1. in fine. infr. de hær. inst.*

27. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

BOna fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum, & vxorem, accepta pecunia, gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summouetur.

Ad l. Bona fide. 27.

RAT. DVB. Qui contrahit cum muliere, contrahit cum persona suspecta, cùm possit dubitari, an mulier contrahat animo intercedendi necne, quemadmodum qui contrahit cum muliere qui ex contractu facilè lædi potest, & læsus in integrum restitui. Nec enim malè personæ istæ comparantur, vt constat ex *l. doli 19. §. diuersum est infr. de nouat.* Ergo vtroque casu debet diligens esse creditor in quam rem pecunia versatur, ne si aut mulier intercedat, aut minor lædatur, iacturam debiti sui creditor faciat, ne alioqui nuda & incuriosa credulitas creditoris damno afficiat mulierem, aut minorem, vt in *l. 3. §. sed si sic accepit supr. de in rem vers.*

DEC. Senatusconsultum Velleianum non fecit absolutè, vt malè contrahatur cum mulieribus, sed tantum ita demum, si pro alio intercedant, nec enim loco minoris viginti quinque annis circunscripti per omnia mulier habenda est, inquit Pomponius in *l. vlt. in princip. infr. hoc tit.* Quanquam nec omnia quę cum minoribus geruntur, irrita sunt, aut periculo restitutionis obnoxia, nisi minor se præterea captum probet, *l. quod si minor 24. §. non semper. l. non omnia. 44. supr. de minor. l. nam postea quam. 9. §. si minor. de iureiur.* Atqui cùm mulier ab initio sola contrahit, & mutuam pecuniam accipit, quasi eam in suam pecuniam versura, nihil est quod possit imputari creditori, qui personam mulieris hoc casu bona fide sequitur, nec facilè scire potest, quid inter mulierem, cui credidit, & maritum eius, postea actum erat, vt in *d. l. doli ad finem vers. neque facilè D. de nouat.* Ergo etiamsi postea contingat versam esse pecuniam in rem mariti, non eo magis Senatusconsulti exceptione, summoueri creditor debuit: Nec imputandum ei est, cur non fuerit curiosior & diligentior in inuestigando, quàm in rem pecuniæ verteretur, nisi cùm iam ab ipso tempore contractui videbat mulierem id agere, vt non tam obligationem suam contraheret, quàm alienam in se susciperet, ac transferret, *l. vir vxori in fine principij. sup. hoc tit.* ne aliter posito iure eueniret, vt nemo cũ fœminis vellet cõtrahere, quia semper ignorari potest, quid actura sunt, *l. si mulier tanquam 11. iuncta l. sed si ego 4. & d. l. vir vxori. §. vlt. supr. hoc tit.*

1 ¶ Cùm serui ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes, personam mulieris, vt idoneæ sequuntur, exceptione Senatusconsulti dominum summouet. nec videtur deterior causa domini per seruum fieri, sed nihil esse domino quæsitum. non magis, quàm si litigiosum prædium seruus, aut liberum hominem emerit.

Ad §. Cùm serui. 1.

RAT. DVB. Melior conditio nostra per seruos nostros fieri potest, sed deterior non potest, *l. melior 133. de reg. iur. l. penult. infr. depos.* Atqui si exceptio Senatusconsulti dominum summouere posset agentem ex contractu initio cum seruo, qui cum muliere contrahens, eam intercedere sciuisset, vtique fieret deterior conditio domini per seruum: Cuius scientia noceret domino, cùm excusetur creditor, qui nesciit mulierem intercedere, vt proximè

ximè diximus ex *d. l. sed. si ego.* 4. *& l. si mulier.* 11. *& seq. supr. tit.* Ergo non est repellendus dominus per exceptionem Velleiani, si ex contractu serui contra mulierem agat.

Dec. Aliud est deteriorem fieri conditionem domini per seruum, quod certè ferendum non est ex regula generaliori *legis, non debet alteri* 74. *de reg. iur. l. soluendo* 39. *supr. de neg. gest.* 2 *infr. quod vi aut clam.* Aliud verò non fieri meliorem, quod euenit, si per seruum nihil domino acquiratur; nam & aliud est, pauperiorem fieri dominum, aliud non fieri locupletiorē: in quo postremo, nihil absurdi, aut iniqui est, putà, si seruus rem litigiosam emerit, aut hominem liberum. Quibus casibus nihil acquirit domino, cùm nec teneat contractus, nec tamen noceat domino, vt conditionem eius faciat deteriorem *l. final. C. de acquir. poss.*

2 ¶ Vxor debitricem suam viro delegauit, vt vir creditori eius pecuniam solueret. & si fidem suam pro ea, quam delegauit, apud virum obligauerit: locum exceptio Senatusconsulti non habebit: quia mulier suum negotium gessit.

Ad §. vlt. Vxor.

Rat. dvb. Nihil interest, an mulier apud virū suum, an apud extraneū pro alio intercedat: vtroque enim casu iuuatur Velleiano, quemadmodum nec quicquam refert an pro viro, an pro alio intercedat. *Auth. si qua mulier C. hoc tit.* Atqui cùm vxor debitricē suā viro delegauit, vt vir creditori ipsius vxoris pecuniam solueret, & ex hac causa fidem suam mulier pro ea quam delegauit apud virum, obligauerit, palam est, eam apud virum pro debitrice sua intercessisse: intercedit enim pro alio quisquis pro alio se obligat. Ergo etiam hoc casu mulier adiuuanda est Velleiano.

Dec. Non iuuatur Velleiano mulier quæ suum non alienū negotium gessit, nec si intercesserit, quia in rem suam intercessisse creditur, quod prohibitū non est tanquā alienum à proposito & mēte Senatusconsulti. *l. 3. & sequent. l. si mulieri.* 22. *supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie mulier cùm se apud virū obligauit, pro debitrice sua, quam viro delegauerat vt creditori suo debitam pecuniam vir solueret, id egit mulier, vt se à mandati obligatione & actione liberaret. Ergo suum non debitricis suæ negotium gessit, nec proinde videri potest intercessisse, quod ad causam Senatusconsulti pertinet.

28. Scævola libro 1. Responsorum.

Seia mancipia emit, & mutuam pecuniam accepit sub fideiussore marito, eámque soluit venditori. postea maritus decedens non soluendo, in fraudem creditoris cauit testamento, se eam pecuniam vniuersam debere. quæritur, an intercessisse mulier videatur: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non intercessisse.

Ad l. Seia. 28.

Rat. dvb. Plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur *l. 1. & tot. illo tit. Cod.* nec ea quæ in fraudem Senatusconsulti Velleiani excogitata probari possent, rata haberi debent *l. proxima. §. primo nisi.* Atqui cùm mulier quasi emptura mancipia pecuniam mutuam accepit sub fideiussore marito, & maritus postea professus est vniuersam eam pecuniam se debere, credibile est mulierem potiùs pro marito intercessisse, & maritum in rem suam propriam fideiussisse, quàm in vtilitatem mulieris pecuniam mutuam acceptam fuisse, alioqui verum non esset quod maritus testamento scripsit seipsum pecuniam debere, si mulier proprio suo nomine pecuniam mutuata eam postea de suo soluisset, constat si quidem solutione à principali debitore facta, fideiussoriā quoq; obligationem tanquam accessoriā extingui, adeoq; si prioris obligationis nouatio tantum facta sit *l. 4. C. de fideiuss. l. si fideiussor.* 19. *supr. de dol.* Ergo credendum est, in hac specie quæsitum à muliere colorem intercessionis in fraudem Senatusconsulti, vt quāuis reuera intercederet, videretur: & consequenter dicendum est, dandam mulieri repetitionem eius pecuniæ quam creditori soluit, quasi eam non pro sua, sed pro mariti obligatione soluerit, datur enim condictio mulieris, quæ soluit promissam cōtra Senatusconsultum pecuniā *l. quamuis* 8. *§. si mulier. & §. si conuenerit, & passim supr. hoc tit.* Cur non enim marito contra se affirmanti & scribenti credamus? *Auth. contra qui propriam. Cod. de non numer. pec. l. cùm qui.* 37. *§. Codicillis. de leg.* 3. Dec. Quæcunq; à debitore qui soluendo non est, fiunt vel scribuntur in testamento in fraudem creditorum, rata haberi non oportet: nec enim ferendum est vt alteri per alterum iniuria inferatur. *tot. tit. quæ in fraud. credit. dig. & Cod. iuncta l. non debet* 71. *& l. factum* 155. *de reg. iur.* sicut & si quid scribatur in testamento in fraudem legis. *l. qui testamentū* 27. *infr. de probat.* Atqui ponit Scæuola maritum, cùm plures haberet creditores, nec soluendo esset, cauisse testamento in fraudem creditorum suorum vniuersam se pecuniam debere, quæ tamen cùm iam soluta esset, nec ab ipso, nec à muliere debebatur. Consequens igitur est, vt falsa illa & fraudulenta mariti assertio nullam intercessionis probationem, aut præsumptionem possit inducere, ne alioquin eueniat, vt mariti creditoribus ea res noceat, qui tanto minùs ex eius hæreditate consequuturi essent, si reuera mulier pro eo intercessisset, quia quod ipsa de suo soluisset, repetendum esset ex bonis mariti, vel à muliere actione mandati, aut negotiorum gestorum *l. ex mandato.* 20. *§. & infr. mandat.* Vel à creditore, cui actio aduersus maritum restituenda esset, quam per solutionem à muliere factam amisisset. Verum igitur est, quod Accursius hic notat falsa verba testatoris non præiudicari veritati ex *l. 3. §. 1. infr. de SC. Sylan. l. Caius* 39. *supr. de pignor. act. l. cùm aliquis.* 21. *C. de iur. delib.*

1 ¶ Fundum vxoris suæ maritus obligauit Sempronio ob conductionem. mox mulier à Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi, soluit statim Sempronio pro marito suo. quæsitum est, an aduersus Senatusconsultum obligata sit. respondi, si Numerius scisset eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quæreretur, locum.

Ad §. 1. Fundum.

RAT. DVB. Bona fide personam mulieris in contrahendo sequutus ob ea, quæ inter virum & vxore accepta pecunia gesta sunt, exceptione summoueri non debet. *l. prox. in princip. supr. hoc tit.* Ergo, si fœnebris pecunia iuxta fidem veri à creditore mulieri data est, siue tota quantitas fœnoris siue pars eius in vsum & vtilitatem mariti processisse proponatur, non potest mulier iuuari Velleiano, licet creditor causam contractus non ignorauerit, vt discertè scriptum est in *l. si fenebris 13. iunct. l. si aduersarius 11. Cod. hoc tit.*

DEC. Multum interest, an mulier mutuam pecuniam à creditore accipiat tanquam suum negotium gestura, cùm tamen reuera id ageret, vt pro marito intercedere vellet, an verò cùm iam esset obligata, aut rem aliquam suam obligatam sciret à marito, mutuã pecuniam à creditore acceperit, eãque postea creditori mariti soluerit. Priore casu quæ species est *dictæ legis si fœnebris*, nõ iuuatur mulier Velleiano, quia nihil imputari potest creditori, licet causam contractus, id est, propter quam mutua pecunia accipiebatur, nõ ignorauerit, cùm sola voluntas & propositum intercedendi non sit intercessio, *l. tutor 19. §. 1. cum haberem,* vbi diximus *supr. hoc tit.* At posteriore casu quæ species est huius §. cùm iam obligata esset mulieris res aliqua à marito, pro quo velit illa soluere, in eámque rem mutuam pecuniam accipere à creditore sciente, apparet etiam initio inspecto intercedendi materiam non magis quàm voluntatem defuisse, & idcirco distinguendum esse, an creditor causam contractus sciuerit, an ignorauerit, vt si sciuerit, repellatur exceptione Senatusconsulti, si verò nõ ignorauerit, non item. Atque ita lex hæc cum superioribus concilianda est, quod & Accursius noster hic præsensit, docẽs quod verissimum est, mulierem iam tum intercessisse videri, cùm fundum suum à marito obligari Sempronio passa est, neque enim aliter fundus ille pignori teneri posse quàm si mulier obligationi consensisset, aut expressa conuentione, aut tacita, saltem per præstitam dissimulandi animo patientiam, *l. si siue. 5. Cod. hoc tit.* Cæteræ namque Accursij interpretationes & conciliationes commentitiæ sunt & improbabiles.

29. PAVLVS libro 11. Responsorum.

QVidam voluit heredibus Lucij Titij mutuam pecuniam dare, & cum eis contrahere: sed, quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit vxori testatoris dare pecuniam, & ab ea pignus accipere. mulier eandem pecuniam dedit heredibus, & ab his pignus accepit. quæro, an intercessisse videatur: & an pignora, quæ ipsa accepit, teneantur creditori. Paulus respondit: si creditor, cùm contrahere vellet cum heredibus Lucij Titij, euitatis his, magis mulierem ream elegit: & in ipsius persona Senatusconsulto, quod de intercessionibus factum est, locum esse: & pignora ab ea data non teneri: [a] eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse: sed non sine ratione prætorem facturum, si non tantùm persona subducta mulieris, in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res, quæ mulieri obligatæ sunt.

Ad l. Quidam. 29.

RAT. DVB. Non est iuuanda Velleiano mulier, quæ nec decipitur nec læditur, nec fit pauperior *l. si pro aliquo 21. sup. hoc tit.* subuenit enim Senatus infirmitati mulierum, ne patrimonij sui damnum & iacturam sentiat *l. 1 & 2. supr. h. tit.* Atqui mulier de qua tractamus, quamuis mutuam pecuniam acceperit & pignus dederit creditori, qui hæredibus Titij mutuam pecuniam dare, & cum eis contrahere voluerat, non potest videri facta pauperior, tametsi pro iis intercesserit, cùm ab iis vicissim pignora idonea acceperit, per quæ satis ei cautum sit de indemnitate. Ergo Senatusconsulto iuuanda non est.

DEC. Mulieris interest, non soluere, quàm solutũ repetere *l. 3. infr. tit. prox. l. si stipulatus 15. in princ. infr. de fideiuss.* fit enim pauperior quisquis effectu obligatur, & iam abesse id cuique intelligitur in quo est obligatus *l. si quis mandato 28. in fin. supr. de negot. gest.* quemadmodum è contrario locupletior fit quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. infr. de solut. l. species 11. infr. de acceptilat.* Ergo quamuis in hac specie regressum habere possit mulier in pignora quæ ab hæredibus mariti accepit, non eo minus iuuanda est Velleiano, ne cogatur soluere, néve pignora quæ dedit, creditori teneantur, cùm etiã in pignorum datione intercessio sit, vt proximè diximus ad præcedentem legem text. *leg. si siue 5. Cod. hoc tot.* Nec dubitari potest, quin creditor in hac

specie

specie sciuerit mulierem intercedere, cùm eius personam sequi maluerit, quàm hæredum Lucij Titij, quibus tamen credere non mulieri volebat.

a *Eas autem res quas mulier.* RAT. DVB. Non potest quis habere quasi Seruianā seu hypothecariam actionem creditor, qui non ipse conuenit de pignore *l. Aristo. 3. infr. quæ res pign. oblig. poss.* cùm obligatio hypothecæ ex conuentione nascatur *l. 1. & passim infr. de pignor.* Nec vnius conuentio alteri præbere actionem possit *l. quæcunque. 11. inst. de oblig. & act. l. stipulatio ista. §. alteri de verb. oblig.* Atqui tractamus de pignoribus datis mulieri, quæ pro hæredibus Lucij Titij apud creditorē eorum intercedebat, non autem ipsi creditori. Ergo in res illas quæ mulieri obligatæ sunt, actio creditori danda nō est.

DEC. Quoties mulier pro aliquo intercedit, qui nondum erat obligatus, ita vt Velleiano iuuanda sit, prætor ex æquitate dat actionem institutoriam contra eū pro quo mulier intercessit, sicuti daret restitutoriā, si mulieris intercessio nouandi animo facta peremisset obligationē illius pro quo mulier intercessisset *l. quamuis. 8. §. quoties & §. si cùm esset supr. h. tit.* Eadem igitur æquitate facere prætor debet, vt creditori actionem accommodet in eas res quas pignori creditor acceperat, non minus quā in personas heredum mariti pro quibus mulier intercesserat, nec enim difficilius est, vt institutoria actio à prætore in rem detur, quàm in personam, nec hæredum mariti, qui pignora mulieri dederunt, quicquam interest, an ea mulieri, an potius creditori teneantur pro ea pecunia & quantitate, pro qua fuerunt obligata. *arg. l. aliquando 13. §. vlt. supr. hoc t.* Nam nec recusare posset mulier, si de eo vrgeretur, vt actione quam in illa bona haberet, creditori cederet, quod vtiq; sine vllo suo incommodo & dispendio facere posset *l. in creditore. 38. in fin. de euiction.* & euitandus est circuitus, qui alioquin inutilis foret, *l. dominus 55. supr. de cond. indeb. l. 3. §. sed si debitorem. infr. de donat. inter vir. & vxorē.* Verum igitur est quod Accurs. notat, institutoriam actionem dandam esse creditori, etiamsi sciuerit mulierem intercedere, sed non tamen ei qui sit in dolo ex *l. si Titius 48. in fine infr. de fideiuss.*

1 ¶ Paulus respondit, ea, quæ in fraudem Senatusconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Ad §. 1. Paulus respondit.

RAT. DVB. Laudandus potius est quàm vituperandus qui adeò cautè negotiatur, vt Senatusconsultum Velleianū nō offendat, nec enim prohibet Senatusconsultum quominus creditor qui mulieris intercessionem admittit, sibi prospiciat quantum potest, ne quid contra Senatusconsultū fecisse videri possit.

DEC. Contra Senatusconsultum facit non minus ille, qui in fraudē Senatusconsulti aliquid excogitat, quàm qui apertè in verba Senatusconsulti cōmittit. Imo grauius est in fraudē legis aliquid facere, quàm contra legem *l. contra legem 29. & seq. supr. de legit.* quoniam qui contra legem vel Senatusconsultum facit, palam delinquit: qui verò in fraudem legis subdolè, & maiore dolo *l. vlt. infr. de rit. nuptiar. l. si quis integris 7. §. 1. infr. Qui & à quib. manum. l. vlt. C. si mancip. ita venier. ne prostit.* Meritò igitur Paulus respondit ea omnia quæ in fraudem Senatusconsulti facta sunt, rata haberi nullo modo debere. Ex quo intelligimus quā falsum sit, quod vulgo interpretes & pragmatici nostri iactitant, posse mulierem, quoties ita videatur, Senatuscōsulto renunciare. Quid enim magis in fraudem huius Senatusconsulti excogitari potuit, quàm vt eiusmodi renūciationes admitterentur? An non qua facilitate mulier contra Senatusconsultum sollicitāte creditore intercedit, eadem quoq; facilitate Senatusconsulto renunciat. Nulla igitur hac parte, inter Senatusconsultum Macedonianū ac Velleianū constituenda est, vt diximus *ad l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Nec pugnat quod contra scriptum videtur in *l. vlt. §. penult. infr. hoc tit.* vt ibi dicemus.

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

SI decipiendi animo, vel cùm sciret se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit: exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, quæ in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit.

Ad l. Si decipiendi. 30.

RAT. DVB. Verba Senatusconsulti Velleiani generaliter loquūtur de muliere pro alio & in rem alienam intercedente, vt scilicet ei succurratur. *l. 1. & 2. supr. hoc tit.* Ergo generaliter sunt intelligenda, vt neque causam neque personam vllam excipiant, quomodo argumentatur Papinianus in *l. oratio 4. infr. si ingenu. esse dicet. & Vlpian. in l. 1. §. generaliter infr. de leg. præstand.* Vbi enim Senatus non distinxit neque nos destinguere debemus *vulg. l. de pretio. §. supr. de public. in rem act.* Ergo distinguendum non est, an decipiendi animo mulier intercesserit vel cùm sciret se non teneri, id est Velleiano tutam fore, an verò animo suscipiendi bona fide alienam obligationem muliebri fragilitate, & infirmitate.

DEC. Mens & sententia Senatusconsulti ex ipsius ratione colligenda est, ratio autem non alia fuit, quam vt mulierum facilitati & sexus imbecillitati subueniretur, non etiam vt delinquendi & cōmittendi doli occasio iis aperiretur *d. l. 2. sup. h. tit. l. fœminis 18. C. eod.* Nunquam enim digna est persona quæ dolum admisit vt ei succurratur. *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Imò verò dolus semper puniendus est tum quoque cùm doloso nocuit, quanto magis si profuerit? *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mali except.* Suauis verò hic est Accursius, qui verba illa (decipiendi animo) intelligit de muliere quæ virili veste se induit, cùm exempla potiùs sumere debuerit ex *l. si mulier in iure interrogata 23. l. si mulier. 10. cum sequenti supr. hoc tit. l. vltim. §. antepenul. infr. eod. & l. si fine 5. in fin C. eod.* Obseruandum autem est eo quoque casu, quo mulier decipiendi animo intercesserit, non eo minus tamen dandam ei esse exceptionem Velleiani propter generalitatem verborum Senatusconsulti, sed eam replicationem exceptione doli elidendam, vt scriptum est in *d. l. fœminis. 18.* Quod non pugnat cum hac lege, quæ negat accō-

modandam esse eo casu mulieri exceptionem: nam in prætoris arbitrio est, an summoueat mulierem denegata ei exceptione, an potiùs data aduersus eá replicatione, quemadmodum & cùm Senatusconsulto Velleiano locus est, in arbitrio est prætoris, an creditori deneget actionem contra mulieré, an verò mulieri exceptionem det aduersus creditorem *dict. l. 1.* vbi diximus *supr. hoc titulo.* Sed & notandum est ex hac lege mulierem, quæ pro alio se obligat & intercedit sciens se ex intercessione non teneri, hoc ipso teneri debere, ne frustra velit & legibus illudere & creditori. Propè enim est, vt ei ludibrio sint leges, quas, vt earum auxilium imploret, contra eas committit. Quod ferendum non est *l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber. l. auxilium. 37. in fin. supr. de minor.* nec valdè distat ea res à dolo, quod & Paulus noster satis innuit, cùm postquã locutus est de muliere, quæ vel decipiendi animo, vel cùm sciret se non teneri, intercessit, vt neutro casu exceptione Senatusconsulti habere debeat, rationem suæ sententiæ illã reddit, quòd actioné, quæ in dolum mulieris competit, amplissimus ordo nõ excludat. Illud certè planũ est quod Accursius subnotat, non posse videri deceptũ creditorem, nisi qui putauerit mulierem ex sua intercessione teneri, qui enim scit, nunquã decipitur nisi à seipso *l. nam si actor 26. supr. de rei vindic. l. 1. in fin. infr. de actio. empt. l. into eum 16. §. tunc habet infr. de liberal. caus. l. nemo videtur. 145. de reg. iur.*

1 ¶ Procurator, si mandatu mulieris pro alio intercesserit, exceptione Senatusconsulti Velleiani adiuuatur: nec aliàs actio intercidit.

Ad. §. 1. Procurator.

RAT. DVB. Exceptio Senatusconsulti Velleiani non datur nisi mulieribus per sexus infirmitaté pro alio intercedentibus *l. 1. supr. & tot. tit.* Estque inauditum, vt masculis per hoc Senatusconsultum subueniatur. Ergo nec procuratori mulieris, si mandato eius pro alio intercesserit, exceptio hæc danda est.

DEC. Nihil interest, an mulier per se, an per procuratorem suum pro alio intercedat, cùm vtroque casu Velleiano iuuanda sit. Ergo & eius procurator iuuandus erit, ne alioqui actio mandati intercedat, quam habere debet contra mulierem, cuius mandato intercessit: sufficit enim contemplatione mandati mulieris quem interuenisse, siue tanquam fideiussor interuenerit, siue tanquam procurator, *l. si fideiussores 5. supr. hoc tit.* Et quamuis totus sermo Senatusconsulti non nisi mulierem ipsam spectet, mens tamen & sententia Senatus illud potissimum respicit, an mulieris damno res cessura sit *l. tutor §. 1. supr. eod.* Itaque, si creditor sciuerit procuratorem intercedere contemplatione mandati mulieris, æquum erit exceptionem Senatusconsulti contra eum dari procuratori, si verò ignorauerit, non iuuabitur procurator, quia nec mulier ipsa iuuaretur, aut certè aduersus exceptionem Senatusconsulti danda erit replicatio, *d. l. si fideiussores. 5. & l. si mulier contra Senatusconsultum 16. §. 1. supr. l. vlt. §. antepenult. infr. hoc tit.* Caueat igitur procurator, ne mandatu mulieris prò alio intercedat apud creditorem ignorantem, ne alioquin agens mandati actione contra mulierem, repellatur exceptione Senatusconsulti, ipse autem à creditore conuentus nulla exceptione adiuuetur.

31. IDEM libro 1. ad Neratium.

SI mulier, quod ex intercessione soluit, nolit repetere, sed mandati agere, & cauere velit de indemnitate reo: audienda est.

Ad l. Si mulier. 31.

RAT. DVB. Mulier quæ pro alio intercessit, & soluit, puta ex causa fideiussionis, repetitionem habet soluti, quasi indebitum soluerit, cùm perpetua exceptione tuta esset, ne soluere cogeretur, *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.* Ergo, si nolit repetere, sibi imputet, nec proinde danda est ei actio mandati contra eum pro quo intercessit, quasi non careat culpa, quæ maluit soluere, quã vti exceptione sibi competente, *l. si fideiussor 29. in princip. & §. 1. & seq. infr. mandat. l. si obligata 18. C. de fideiuss.*

DEC. Senatusconsultum Velleianum quod mulieribus succurrit, quoties pro alio fideiubent & intercedunt, non facit earum conditionem deteriorem, sed meliorem, nec proinde adimit eis auxilium iuris communis, licet pro ipsis inducat ius singulare, ne alioqui quod fauore mulierum introductum est, in earum odium & perniciem retorqueatur, contra *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore. 6. Cod. eod. l. quod placuit 57. infr. de iur. fisc.* Atqui alius quilibet fideiussor, qui ex causa fideiussionis soluisset, actionem mandati haberet aduersus debitorem, pro quo soluisset, adeóque etiam actionem negotiorum gestorum si mandatum nullum intercessisset, *l. qui mandato, 20. §. fideiussor inf. mandat* Ergo & mulieri danda est aduersus debitorem pro quo fideiussit ac soluit, sed ita tamen si ei caueat de indemnitate: periculum enim est, ne, si postea velit quod soluit, repetere à creditore, quod suo iure facere vtique potest, *d. l. qui exceptionem* idem debitor cogatur iterum soluere creditori, cui actio pristina eo casu restitueretur, *l. quãuis 8. §. quoties, & §. quantumquam. supr. hoc tit.* In damno autem moraretur debitor, qui bis & duobus idem debitum soluere cogeretur. Finge, non posse probari mulierem soluisse, vt ponit Accursius: Quod tamen necessariò probandum est, vt repetitio competat, cùm solutio sit facti, *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios. l. 1. Cod. de probat.* Aut adeò inopem esse creditorem, vt non habeat, vnde possit reddere. Annon æquum est, dari actionem mandati mulieri contra debitorem, & damno debitoris potiùs quàm mulieris rem cedere? Nam & ob eam causam solemus, dicere interesse creditoris cuiuslibet, vt plures habeat etiam ex iusdem pecuniæ debitores, vt possit eligere cũ quo agere malit, *l. reos 23. iuncta l. sicut. 21. C. de fideiuss.* Sicut & qui plures habet actiones. *l. vlt. C. de oblig. & act. l. quod in hærede 9. §. eligere. sup. de tribut. act. l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. 1. §. 1. infr. quod legat.* Sic dicimus procuratorem, qui pro alio se obligauit, etiamsi ex persona sua exceptionem aliquam habeat, non eo minus tamé mandati agere possit contra eũ. *l. idemque 10. §. penult. infr. mandat. l. seruus inscio. 19. §. vlt. & l. sequent. l. si seruus alienus. 66. ff. de fideiussorib.* Nemo enim iure suo vti cogitur, *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. Cod. de pact.*

32. POM-

32. POMPONIVS libro 1. Senatusconsultorum.

SI mulier hereditatem alicuius adeat, vt æs alienum eius suscipiat: vix est, vt succurri ei debeat: nisi si fraude creditorum id conceptum sit. nec enim loco minoris vigintiquinq; annorum circumscripti, per omnia, habenda est mulier.

Ad l. vlt. Si mulier hæreditatem.

RAT. DVB. Velleiano Senatusconsulo mitatur mulier quę alienam obligationem in se suscipit *l. 1. & passim supr. hoc tit.* Atqui mulier quæ adit hæreditatem alieno ęre siue grauatam siue exhaustam, suscipit in se vniuersam obligationē æris alieni, & obligat se omnibus creditoribus hæreditariis, adeò vt etiam de suo præstare teneatur, si hæreditas soluendo non sit. *l. quæ dotis 33. infr. sol. matrim. l. vlt. & tot. tit. C. de hæredit. action.* Ergo iuuanda est Velleiano hæc mulier, perinde ac si pro defuncto intercessisset: Cuius obligationes omnes passiuæ, si hæredem non haberet, intercciderent, *l. 1. C. de oblig. & act. l. 1. §. an in pupillum. infr. deposit.* Nam & minori qui damnosam hæreditatē adiit, succurri solet, *l. 1. C. si vt minor se ab hæred. abstin.* Quidni ergo etiam mulieri succurretur propter imbecillitatem consilij, quæ in vtriusque persona perinde locum habet.

DEC. Mulier, quæ alienam hæreditatem sibi delatam adiit, licet damnosam se quidem obligat, sed non pro alio. Nec enim pro defuncto intercedere videri potest, qui iam nullus est, quique per mortem obligatus esse desiit, cùm obligatio sine persona esse non possit, *l. qui contra 11. infr. de fideiuss.* Nec rursus potest videri intercedere pro hæreditate, quę scilicet per aditionem hæreditas esse desiit, fitq; e patrimonium hæredis, *l. 1. infr. de separat. l. 1. §. Scæuola infr si is qui testam. liber. esse iuss.* Ergo nō poterit iuuari Velleiano quasi intercesserit, quæ nunc primum se debitricem constituit, & adeundo hæreditatem vltrò cum creditoribus hęreditariis etiam ignorantibus contrahere intelligitur, *l. 3. infr. quib. caus. in possess. eat. l. 5. §. hæres quoque D. de oblig. & act.* præsertim cùm nec mulier quæ pro alio intercedit, aliter iuuetur Velleiano, quàm si creditor sciat eam intercedere, *l. immò. 12. cum l. præced. supr. eod.* Nec benè in omnibus mulier comparatur minori, quia minori succurritur in his omnibus, quæ ab eo gesta sunt, si quoquomodo læsus probetur, *l. ait prætor. 7 in princip. & tot. tit. supr. de minorib. l. nam posteaquam 9 §. si minor. supr. de receiur.* At mulieri maiori non aliter succurritur Senatusconsulto Velleiano, quàm si probet se alienam obligationem sciente creditore suscepisse, *l. tutor. 19. & l. vir vxori. 17. & passim supr. l. si apud minorem 12. supr. de minor.*

1 ¶ Si mulier rem à se pignori datam per intercessionem, recipere velit: fructus etiam liberos recipit.[a] & si res deterior facta fuerit eo nomine: magis est, vt æstimetur.[b] Sed si creditor qui pignus per intercessionē acceperit, hoc alij vēdidit: vera est eorum opinio, qui petitionem dandā ei putant etiā aduersus bonæ fidei emptorem: ne melioris condicionis emptor sit, quàm fuerit venditor.

Ad §. 1. Si mulier.

RAT. DVB. Cùm mulier rē suam per intercessionem pro alio factam pignori dedit, verum est creditorem qui huius rei fructus percepit, eos percepisse ex mulieris eiusdemq; dominæ voluntate. Ergo suos fecit, si recta est Africani ratiocinatio in *l. si seruus 61. §. locaui. infr. de furt.* Nā nec alia ratio est, propter quā creditor fructus pignoris suos facit, tametsi cogatur eos imputare in sortem *l. 1. & 2. C. de pignor. act.*

DEC. Etiam pignoris datio, cùm pro alieno debito fit, intercessio est *l. si sine 5. C. h. tit.* Ergo pignus à muliere datum pro aliena obligatione obligatum esse non potest *l. quidam 29. supr.* & consequēter, creditor nullo iure fructus pignoris percepisse videri potest, cùm non alio iure perceperit, quàm pignoris: Ac proinde liberos eos restituere mulieri debet: Id est, vt benè Accursius explicat, quasi non obligatos: Aut potiùs ita vt eos in sortē imputare non possit. Neq; enim fructus rei pignoratæ possunt iure dati pignori à debitore cuius nūquā fuerunt *l. 1. §. cùm prædium. infr. de pignor.* Nulla enim ratio esset imputandorum mulieri fructuū quam ipsa non deberet: cùm exceptione Velleiani adiuuanda sit, nō solum si pro alio pignora tantùm dederit, sed etiamsi pro sorte ipsa intercesserit.

a *Et si res deterior facta sit.* RAT. DVB. Non ad aliud potest teneri creditor, qui rem aliquam pignori à muliere per intercessionem accepit, quàm vt rem ipsam restituat, qualis est tempore petitionis. Quale enim quid est cùm petitur, tale dari debet. *l. 2. infr. de vsur.* Ergo etiamsi deteriorem partem reddat, dicendum videtur liberationem ei contingere. Nec quicquam æstimandum esse, ne alioqui eueniat vt mulier prætextu Senatusconsulti & rem habeat, & æstimationem.

DEC. Non videtur reddi res quæ deterior redditur. *l. 3. §. si reddita infr. commod. l. 1. §. si res deposita infr. depos.* Ergo si res data pignori à muliere deterior apud creditorem facta sit, æquum est æstimationem fieri non totius rei, sed deteriorationis & dāni, vt Accurs. explicat. Ex eaque causā creditorem quanti mulieris interest, id est, quantò deterior facta sit, condemnari.

b *Sed si creditor qui pignus.* RAT. DVB. Qui pignus emit à creditore iure creditoris distrahente, vinci de proprietate non potest, *l. qui à creditore 18. C. de distract. pign.* Adeo vt nec offerri ei debitum possit. *l. 2. C. si antiquior. credit. pig. vend.* quia licet creditor dominus non sit, tamen transfert dominium in emptorem, quia vendit ex domini voluntate *l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom. §. 1. inst. qui alien. lic. vel non.* Ergo non potest vera esse eorum opinio, qui putant mulieri dandam esse petitionem & vindicationem pignoris, etiam aduersus bonæ fidei emptorē ne alioqui beneficiū Velleiani quod datur mulieri, captiosum sit bonæ fidei emptori, contra *l. Paulus notat. 8 infr. de stipulat. prætor.*

DEC. Nō debet melior esse conditio emptoris, quā vēditoris *l. inuitus 156. §. plerūq. l. in his. 175. §. nō*

debeo. de reg. vir. Ergo mulieri quæ per intercessionem pignus pro alio dedit, etiamsi à creditore distractum illud fuerit, nihilominus vindicari per mulierem poterit, *l. redemptores 39. §. 1. supr. de rei vind. l. si sciens 7. Cod. hoc tit.* nempe, quia dominium transferri non potuit in emptorem pignoris non iure dati. pignoris namque dationem tenere necesse est, vt pignus iure vendi possit: Quod esse non potest, cùm rationi pignoris autoritas Senatusconsulti resistit, *d. l. si sciens.*

2 ¶ Item si mulier creditori viri fundum vendidit: & tradidit ea condicione, vt emptor acceptam pecuniam viro referret: & hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re empta, & tradita: sed replicabitur à muliere. *At si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit*, & hoc procedit: siue ipse creditor emerit, siue interposuerit alium, quo mulier, ea ratione careat re sua. Idem est, & si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

Ad §. 2. Item si mulier.

RAT. DVB. Mulieri vendenti aut aliter contrahenti, non succurritur per Velleianum, nisi intercedat, quamuis pecuniam pretij creditoribus mariti exsoluat, *l. Senatusconsultum 4. in fin Cod. hoc tit.* Ergo si mulier creditori viri fundum vẽdiderit, & tradiderit, quamuis ea cõditione, vt emptor acceptam pecuniam viro referret: dicendum est eam, si fundum vindicet quem ipsa vendidit, repellendam esse exceptione rei venditæ, & traditæ, neque adiuuandam replicatione, *At si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit*, cùm nihil contra Senatusconsultum fecerit.

DEC. Rata haberi non debent ea quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, *l. quidam 29. in fin. supr. hoc tit.* Atqui facilè esset fraudem Senatusconsulto facere, si creditori liceret, siue maritus is esset siue alius, emptorem quærere, qui mulieris rem ab ea emeret, ea lege, vt ipsi creditori emptor pretium acceptũ referret. Quid enim hoc aliud esset quàm colorem intercessioni quærere, vt non videretur intercessisse mulier, quæ reuera intercessisset: *l. si sciens. 7. Cod. hoc tit.* Ergo aliud probandum est, si mulier ipsa emptorem quæsiuerit & inuenerit, quamuis pretium pro marito aut pro alio soluerit, hoc enim casu emptor securus erat, *d. l. Senatusconsultum 4. in fin. & l. 1. Cod. hoc tit.* Non tantum per exceptionem rei venditæ & traditæ, de qua in *l. 1. & toto illo titul de except. rei vend.* Sed etiam ipso iure, quia nõ potest mulier habere vẽdicationem eius rei, cuius dominium Senatusconsulti potestate in emptorem transtulit *arg. d. l. si sciens à contrario sensu. eod.* Maximè verò si non hac lege nominatim vẽditio facta sit, vt pretiũ creditoribus siue mariti siue alterius acceptum referretur. Hæc enim lex & conditio potissimum est, quæ intercedendi animum in muliere demonstrat. Maximè verò si neque venditionem hanc neque venditionis legem creditor ignorauerit. Siquidem scientia eius necessaria est, vt Velleiani replicatione summoueatur, *l. imò 12. supr. hoc tit.* Idque est, quod sequitur in hoc §. procedere hanc Pomponij sententiam siue creditor ipse emerit, siue alium interposuerit, quo magis re sua careret, vt intelligamus non idem probandum esse, vt mulier ipsa emptorem quæsiuerit, vt in *d. l. Senatusconsultum.* Illud sanè non interest, an pro marito, an pro alio intercedere voluerit mulier quæ vendidit, nisi quod odiosiores solent esse intercessiones, quæ fiunt pro marito tanquam suspectiores, *Auth. siue à me. & auth. si qua mulier. Cod. hoc tit.* propter metum reuerentialem, cuius ratione credibile sit nihil non facturam mulierem, vt obsequatur marito cui nec audeat contradicere, *arg. l. 1. §. si ontranda. infr. quarum rerum exact. non de penult. infr. de furt.* Alia ratio est mulieris debitorem suum delegantis, vt alijs soluat, licet animo intercedendi id faciat. Cessat enim eo casu Senatusconsultum, quia delegatio pro solutione est, *l. quamuis. 8. §. planè supr. hoc tit.* Mulieri enim siue pro marito siue pro alio soluenti, adeòque donanti succurritur. *l. plane. 4. hoc tit.*

3 ¶ Si mulier, ne ipsa intercederet, alij mandarit, vt id faceret: an in huius persona locus huic Senatusconsulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? totus enim sermo Senatusconsulti ad petitionem non dandam aduersus ipsam mulierem spectat, & puto rem ita esse distinguendam: vt si quidem creditor, cui me obligaui, mandante muliere hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa interueniret contra Senatusconsultum, daret autem alium: excludendum eum exceptione fraudis Senatusconsulto factæ: si verò is ignorasset, ego autem scissem: tunc mandati me agentem cum muliere, excludendum esse: me autem creditori teneri.

Ad §. 3. Si mulier.

RAT. DVBIT. Totus sermo Senatusconsulti non ad aliud spectat, quàm ad petitionem non dandam aduersus ipsam mulierem, vt apparet ex verbis Senatusconsulti relatis in *l. 2. supr. hoc titu.* Ergo si mulier ne ipsa intercederet, alij mandauerit, vt id faceret, dicendum videtur Senatusconsulto locum non esse in persona eius, qui rogatu mulieris intercessit.

DEC. Multum interest, qua mente & quo consilio à muliere, & mulieris creditore ita factum sit, nam si quidem creditor, cui me obligaui mandante muliere, hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa mulier contra Senatusconsultum interueniret, daret autem pro se alium

alium, iuuandus ero exceptione Senatusconsulti, cùm omnia, quæ in Senatusconsulti fraudem excogitata probari possunt, irrita haberi debeant. *l. quidam 29. in fin. supr. hoc tit.* Itaque excludendus erit hoc casu creditor exceptione non tam Senatusconsulti, quam fraudis Senatusconsulto factæ, vt eleganter Pomponius hic scribit Sed si creditor ignorasset, id agi inter mulierem & me, vt ipsa per mediam personam meam reuera intercederet, nec tamen intercedere videretur: Ego autem id sciuissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludẽdum esse exceptione Senatusconsulti, quippe quæ locum habeat, etiam contra mulieris fideiussores & intercessores quoslibet. Me autem creditori teneri, quem decipere volui, nam si ego quoque ignorassem, non esset contra me iuuanda mulier, vt benè Accursius concludit licet dubitanter, ex *l. si fideiussores. 6. supr. hoc tit.* Non enim posset hoc casu videri color quæsitus ad fraudem Senatusconsulto faciendam, vt addit Bart. Ne quis forte obstare putet, quod scriptum est in *l. si decipiendi. 30. & in l. si Titius 48. infr. de fideiuss.*

4 ¶ Si mulier pro eo, pro quo intercessit, iudicium parata sit accipere, vt non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest: cauere debet, exceptione se non vsuram: & sic ad iudicem ire.

Ad §. 4. Si mulier.

Rat. dvb. Cùm mulier pro eo pro quo intercessit, parata est iudicium accipere, ne in veterem debitorem actio restitutoria detur, de qua in superioribus tam sæpè locuti sumus, videtur hæc noua quædam mulieris intercessio. Ergo etiamsi cauerit se exceptione Senatusconsulti non vsuram: dicendum tamen videtur, hac exceptione adiuuandam esse, argumento *l. doli 19. §. diuersum. infr. de dol. mal. except.* exemplo mulieris, quæ pecuniam promisit ne delegetur, de qua in *l. debitrix 24. supr. hoc tit.* Præsertim cùm omnia quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, habenda sint irrita, *l. quidam. 29. §. 1. supr.* Nihil autem fit ad fraudem Senatusconsulto faciendam accommodatius, quàm si beneficio Senatusconsulti renunciare mulieri permittatur: qua enim facilitate mulier contrahit, eadem & Senatusconsulto renũciat, vt ibi diximus.

Dec. Nemo inuitus iure suo vti cogitur, & cuilibet permissum est renunciare iis quæ pro se introducta sunt. *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. C. de pact.* Atqui mulierum fauore solo ius Senatusconsulti Velleiani inductum est *l. 1. & 2. & passim supr. eodem.* Ergo nihil vetat cauere mulierem se exceptione non vsuram, quoties pro eo iudicium accipere parata est pro quo intercessit, ne in veterem debitorem actio pristina restituatur, neque tam secunda hæc intercessio dicenda est quàm Senatusconsulti exclusio. Neque tamen hoc ita accipi volumus, quasi cum interpretibus existimemus Velleiano Senatusconsulto renunciari posse: In eoq; differre Velleianum à Macedoniano cui renunciari nõ posse omnes consentiunt, quasi Macedonianum odio tantum creditoris introductum sit, Velleianum verò fauore mulieris ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Nam imò verò putamus renunciationem Velleiani non valere, si ab initio facta sit, quamuis de iure, & beneficio Senatuscõsulti mulier certiorata sit, cùm, vt hic benè Bartolus disputat, decipiatur mulier eo ipso quod Senatusconsulto renunciat, *arg. l. interdum 19. supr. de minor.* Sed quoniam aliud est mulierem renunciare Velleiano, vt sibi exceptionẽ illam adimat, quod fieri posse negamus, aliud verò ex post facto cauere mulierem se non vsuram exceptione Senatuscõsulti Velleiani, vt in hoc §. In hac enim specie nihil fit contra Senatusconsultum cuius autoritati & potestati iam satisfactum est hoc ipso, quod mulieri exceptio quæsita est, qua vti possit, si velit, id enim egit Senatus vt daretur exceptio mulieri qua vti posset si vellet, non etiam vt ea vti inuita cogeretur: Inuito siquidem beneficium deferri potest, acquiri autem non potest, *l. inuito 69. de reg. iur.* Sic dicimus non valere prohibitionem testatoris, aut conuentionem hæredis cum legatariis viuo testatore, vt locus legi falcidiæ non sit, quasi contrariam iuri publico, *l. quod de bonis. 15. §. 1. infr ad l. falcid.* Et tamen nemo dixerit inuitum hæredem cogendum vti beneficio legis falcidiæ, nempe quia lex falcidia id egit duntaxat, vt hæres quartam ex legatis posset deducere, suntque alia plura in iure nostro exempla quæ alibi retulimus. Fatemur tamen posse Velleiano renunciari in specie legis *vlt. Cod. quando mul. tutel. offic. fungi pot.* quoniam ita expressim à Iustiniano constitutum est in specie illius legis. Simile est quod volunt interpretes posse mulierem renunciare Authenticæ *si qua mulier, & auth. siue à me Cod. hoc tit.* si modo iis specialiter renunciatum sit. Ego specialem renunciationem necessariam esse non dubito, sed nec specialem prodesse posse arbitror.

5 ¶ Intercedere mulierem intelligendum est etiam pro eo, qui obligari non possit: veluti si pro seruo alieno intercedat. sed, rescissa intercessione, in dominum restituenda est actio.

Ad §. Vlt.

Rat. dvb. Intercessoria obligatio accessoria est. Atqui obligatio accessoria non potest esse sine principali *l. 1. l. stipulatus sum 6. §. 1. de fideiussor. l. cum principalis. 178. de reg. iur.* Ergo non potest videri intercedere mulier pro eo, qui obligari non possit, putà si pro seruo alieno intercedat. Serui enim persona iure ciuili nulla esse creditur *l. quod attinet 32. eod. tit. l. nullo modo 7. infr. ad l. Cornel. de falsis.* Ideoq; nec ciuiliter ex contractu vllo obligari potest *l. serui. 14. inf. de oblig. & act. l. in personam seruilem 32. de reg. iur.*

Dec. Etiam serui naturaliter obligantur, quia quod ad ius naturale attinet, non distinguũtur à liberis, *d. l. quod attinet.* Ideoq; & fideiussores & quoslibet alios intercessores dare possunt, *d. l. serui.* Ergo & mulier pro seruo alieno intercedere potest, nec minùs Velleiano iuuabitur, quã si pro libera persona intercessisset. Atqui inquies ita fiet, vt in damno moretur creditor, qui mulieris personã & intercessionem animo nouandi sequutus nõ habebit, cõtra quem actio restitui possit, siquidem cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo 107. de reg. iur.* quæ sanè præcipua ad hunc locum dubitandi ratio erat, cum ita

ius comparatum sit, vt quoties mulieri datur exceptio Velleiani aduersus eum apud quem pro alio nouandi animo intercessit, restituenda sit actio pristina contra veterem debitorem *l. quamuis* 8. §. *quoties, & passim supr. hoc tit.* Sed ad hanc obiectionem respõdet Pomponius, imò verò etiam hoc casu succurri posse creditori per actionem restitutoriam non contra seruum dandam, quod certè fieri nequit, sed contra dominum, actionem inquam aut quod iussu siiubente domino obligatus fuerat, aut si minus saltem de peculio. *l. sed si pro alieno.* 9. vbi diximus *supr. hoc titulo.* Alia filiifamilias ratio est, sicut enim obligari ex omnibus causis præterquam ex voto & mutuo potest. *l. filiusfamilias.* 39. *l.* 2. §. 1. *infr. de pollicit. l.* 1. *supr. ad Senatusc. Macedon.* Ita etsi pro eo mulier intercesserit, & Senatusconsulti exceptione adiuuanda sit, restitui in eum vetus actio commodè potest. *l. tam ex contractibus* 57. *supr. de iudic.* Nec tantum in filiumfamilias, sed etiam in patrem, eadẽ scilicet quæ prius in patrem ipsum competebat siue quod iussus, siue de peculio. *d. l. sed si pro alieno, iuncta l. si quis cum filiof.* 44. *sup. de pecul.*



DE COMPENSATIONIBVS.

Ad TIT. II.

1. MODESTINVS libro 6. Pandectarum.

OMPENSATIO, est debiti & crediti inter se contributio.

Ad l. primam.

RAT. DVB. Cùm idem est debitor & creditor, fit confusio debiti & crediti, & eo modo extinguitur obligatio ipso iure; vt euenit cùm debitor creditori suo hæres existit, aut contrà creditor debitori, adeò vt necesse sit opponi de huiusmodi confusione, *leg. debitori.* 50. *infrà de fideiuss. l. Stichum aut Pamphil.* 95. §. *aditio. l. sicut* 75. *infr. de solut. l. debitori* 7. *Cod. de pact.* Atqui aliud est compensatio, aliud confusio: Etsi enim compensatio fit ipso iure *l. si ambo.* 10. *infr. l si constat.* 4. *C. eod.* necesse tamen est eam opponi. *l. vlt. eod.* §. *in bona fidei iudiciis. & seq. Inst. de act.* Deinde qui compensat etiam petit. *l. amplius non peti.* 15. *infr. rat. rem hab.* qui verò dicit confusum esse debitum, neque petit quicquam, neque petere potest. Ergo non est bona hæc compensationis definitio, quæ conuenit etiam confusioni.

DEC. Est quidem hoc simile in compensatione & confusione, quod in vtraque necesse est debitum & creditum interuenire, sed aliter atque aliter. Nam in cõpensatione debitum est ab vtraque parte, & tam qui agit, quàm qui conuenitur & debitor est, & creditor, debitor scilicet aduersarij quatenus creditores, & eiusdem creditor quatenus debitoris. At in confusione idem est creditor & debitor sui ipsius. Quod tamen nec iuris ratio patitur, nec ipsa rerum natura. Cùm realiter distinctas esse oporteat personas debitoris & creditoris, sicut actoris & rei. *l. ne cum filiofamilias.* 16. *infr. de furt. l. hæres à debitore* 21. §. *seruo & seq. de fideiuss.* Igitur bene cõpensatio definitur debiti & crediti inter se contributio ab vtroque nimirum facienda, id est, à debitore, & à creditore. At confusio est debiti & crediti in vna eadémque persona peremptio. Denique compensatio exceptio est, quæ supponit actionem ex altera parte competere, quomodo reuera competit, cùm non priùs ipso iure sublata videri possit quàm debitor, qui conuenitur, compẽsationem obiecerit. Nec enim cogitur quisquam inuitus compensare, si fortè ob aliquam causam malit soluere, vt apparet ex *l. sequen.* in verbis illis vltimis, *Si paratus est compensare.* At confusio, neque exceptio est, neque modus tollendæ obligationis, qui ex voluntate alterutrius pendeat, sed extinctio ipsa obligationis & consequenter actionis ex ea competentis propter repugnantiam ex parte rei, cùm fieri nequeat per rerum naturam, vt ipsius idem sit & creditor & debitor.

2. IVLIANVS libro 90. Digestorum.

VNusquisque creditorem suum, eundémque debitorem, petentem summouet, si paratus est compensare.

Ad l. 2. Vnusquisque.

RAT. DVB. Compensatio petitio est, *l. amplius non peti.* 15. *infr. rat. rem hab.* Ergo non exceptio per quam summouendus sit actor petens quod sibi iustè debetur. Aliud enim est actio, aliud exceptio. Cùm nihil sit aliud exceptio, quàm actionis exclusio, *l.* 2. *& passim infr. de exception.* Nec rursus quicquam vetat, te mihi debere centum, licet ego vicissim quoque centum tibi debeam, videtúrque hæc res dare materiam inducendæ mutuæ petitionis, potiùs quàm iustæ exceptionis, ad summouendum actorem, de quo non dubitatur, quin sit verè creditor. Alius autem tractatus est de mutuis petitionibus, de quibus extat specialis titulus in decretali. *Et in l.* 1. *&* 2. *supr. de quib. reb. ad eund. ind. eatur.* vbi etiam aliquid diximus, & apertiùs in *l.* 1. §. *vlt. infr. quæ sẽt. sine appell. rescind.* Alius verò de cõpẽsationib.

DEC. Ideo compensationes introductæ sunt, quod nostra intersit non soluere potiùs quàm solutum repetere, *leg. proxim. inf. leg. si stipulatus. decimaquinta in princip. infr. de fideiuss.* Ergo quamuis iustus sit meus creditor qui petit à me centum, si

tamen

tamen vicissim ille totidem mihi debeat aut plus vel minus, æquissimum sanè est fieri compensationem, per quam iure cuiusdam exceptionis summoueatur actor ad concurrentem vsque quantitatem, cùm id expeditius sit, non solùm mihi à quo petitur, sed etiam actori, qui perinde à me liberatur. Ita vt vtrinque contingat liberatio per quam euenit, vt vterque pariter fieri locupletior videatur, fit enim locupletior quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli. 66. in fin. de solut. l. species. 11. de acceptil.* Nec audiendus est debitor, si nolit etiam inuitus liberari *l. soluendo. 39. supr. de neg. gest. l. solutione 22. de solut.* Fauore scilicet liberationis, tanquam quæ pleniorem libertatem restituat, quæ per obligationis vinculum diminuta quodammodo videbatur. Verum enim est quod Seneca quodam loco scribit, debitorem seruum esse sui creditoris. Itaque compensatio licet requirat voluntatem eius qui conuenitur, vt paratus sit compensare, non tamen exigit voluntatem creditoris, cui obiicitur compensatio. Cæterùm, quòd hæc lex generaliter scribit vnicuique debitori dandam esse compensationem, non tam generaliter intelligendum est, quasi nullo casu compensatio deneganda sit. Multi enim casus sunt in quibus compensatio locum non habet, *l. ob negotium 10. infr.* vbi dicemus.

3. POMPONIVS libro 25. ad Sabinum.

IDeo compensatio necessaria est: quia interest nostra, potiùs non soluere, quàm solutum repetere.

Ad l. Ideo. 3.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ *ad l. præcedentem.* Nihil enim aliud hæc lex continet, nisi rationẽ propter quam inducta est compensatio nẽpe quod nostra intersit non soluere potius quàm solutum repetere, quod & scriptum est in *l. si stipulatus 15. infr. de fideiuss.* quemadmodum solemus dicere, melius esse intacta cuiusque iura seruare, quàm post vulneratam causam remedium quærere, *l. vlt. Cod. in quib. caus. necess. non est in int. restit.* Et hæc est æquitas quæ merum ius compensationis induxit, vt Papinianus loquitur in *l. inter tutores 36. infr. de admin. tut.* Quid enim potest esse æquius quàm quod vtrique parti vtilius est, *l. 1. C. eod. tit. de admin. tut. l. ex his. 8. in fi. infr. quæ in fraud. credit.* Nam si verum est, vt est, quod vulgo dicitur, id quod nemini nocet, & alicui prodest, facilè concedi, *l. penult. C. de precib. imperat. offer. l. in creditore 38. in fi. infr. de credit. l. 2. §. Item Varus in fin. de aqua & aq. plu. arc.* Quanto magis concedendum illud est quod vtrique prodest? Idcirco autem prodest vtrique compensatio, quòd cùm ex vtraque parte mutuam induat compensationem, & quidem ipso iure impedit, ne sumptibus maioribus vexentur debitor & creditor, qui alioqui faciendi essent in longiorem litem, *l. quod debetur. 51. supr. de pecul. l. minoribus 6. supr. de minor. l. 1. supr. de inoffic. testam.* ne quid addam de discordiis & rixis quas materia litium in republica incitare solet, & propter quas verecunda dicitur esse cogitatio & honesta eius qui lites execratur, *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. cau. fac. l. quidam existimauerunt. 21. supr. de reb. credit. l. 1. §. si heres in fi. infr. ad SC. Trebell.*

4. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

VErum est, quod & Neratio placebat, & Pomponius ait: ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. sicut enim, cùm totum peto à reo, male peto: ita & fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quàm reus condemnari potest.

Ad l. Verum est. 4.

RAT. DVB. Eius quod non debetur ei qui conuenitur, sed alij, compensatio fieri non potest. Cùm enim nihil aliud sit compensatio quàm debiti & crediti contributio, *l. 1. supr.* consequens est, vt non inter alios habere locum possit, quàm inter eos, quorum alter alteri sit vicissim & creditor & debitor. Atqui alia est persona debitoris, alia fideiussoris. imò & alia huius, alia illius obligatio. Nam debitoris obligatio principalis est fideiussoris accessoria, & rursum aliud est, quod reo debet creditor qui fideiussorem accepit. Aliud verò quod fideiussor debet creditori. Ergo quamuis solutione per debitorem facta fideiussor quoque liberetur per consequentias, *l. si quis reum. 5. infr. de liber. leg. l. si fideiussor. 19. supr. de dolo.* Non tamen consequens est, vt fideiussor possit creditori compensare, quod creditor debitori principali non etiam ipsi fideiussori debet.

DEC. Exceptiones, & defensiones omnes quæ reo competunt, si modo non merè personales sint, sed in rem competunt etiam fideiussori, *l. exceptiones. 7. l. omnes. 19. infr. de except. l. defensiones. 11. C. eod. illo tit.* Atqui compensatio exceptio est, & quidem in rem scripta, vt ex supradicta ipsius definitione apparet. Ergo quoties competit reo, competit etiam fideiussori, ne alioquin ipsius beneficium reo eripi videretur, si non accommodaretur fideiussori, qui condemnatus soluere, regressum aduersus debitorem habiturus esset actione mandati, vel negotiorum gestorum. *l. ex mandato. 20. §. 1. infr. mand.* Nam per mediam fideiussoris personam ad reum peruenitur, *l. cùm lex. 46. infr. de fideiuss.* Atqui potest reus compensare creditori suo, quod ipsi reo creditor debet ex regula *l. 2. & 3. supr.* Ergo & fideiussori debitoris idẽ licere debet, vt idipsum quod reo creditor debet, possit ille creditori compẽsare, si ad eam quantitatem conueniatur, de qua pro reo fideiussit. Cúmque compensatio vim solutionis habeat tanquam quæ perinde tollat & extinguat obligationem ipso iure apparet nõ magis creditorem totam summam petere à fideiussore, id est, non deducta ea quantitate, quæ in compensationem venit, quàm si totum peteret à fideiussore eius qui partem debiti iam soluisset. Nunquam enim potest creditor maiorem quantitatem petere à rei fideiussore quàm ab ipso reo, & siue ab ipso, siue ab illo totum petat, quod non totum debetur, malè petit, quia plus deperit, ideóque iuris veteris rigore inspecto causa cadere deberet, nisi posterioribus Zenonis & Iustiniani constitutionibus hoc ius correctum esset, restricta pœna pluris petitionis ad cõdemnationem expensarum, *§. si quis agens. Inst. de action. & titulo Cod. de pluris petition.* Placet autem quòd Accursius & Bartol. ex hac lege inferunt, compensationem fieri ipso iu-

re, cùm lex ponat haberi debere illam pro facta in fauorem fideiussoris, ex persona debitoris, etiam priusquam debitor ipse conuentus sit. Ac proinde priusquam eam obiecerit, aut obiicere potuerit. Quod & probatur ex *l. rei iudicatæ 15. §. 1. infr. solut. matrim.* Nisi dicas cum Bartolo posse illam obiici quomodocunque & quandocunque etiam extra iudicium, quemadmodum & extra iudicium interpellari quis potest vt soluat. Quod non nego, nec illud rursum quod volunt non aliter habendam esse rationem compensationis, quàm si obiiciatur ab eo qui conuenitur, sed tamen nego haberi eam pro facta ex eo tantum tempore quo obiecta sit, sed dico, statim atque obiecta est, haberi eam debere pro facta ipso iure in præteritum, à quo tempore concurrentes debiti & crediti quantitates compensationis inducendæ materiam præbuerunt. Quod hæc lex omnium apertissimè probat. Quomodo enim malè ageret creditor qui totum à fideiussore peteret ante oppositam à debitore compensationem, si non iam inde ab initio facta fuisse intelligeretur. Is enim demum malè agit, qui re, aut tempore aut aliter plus petit, *l. 1. in fin. supr. quand. dies leg. ced. l. pecuniam, 36. supr. de reb. cred.* Plus autem non petit creditor qui totam fideiussionis summam petit à fideiussore, nisi quatenus ea summa per quantitatem, quæ compensari potuit, diminuta esse creditur. Proinde non valdè interesse arbitror an fideiussor acceptus sit priusquam reus compensationem obiicere potuerit. Nec rursus an in summam certam, an potiùs in illam quam reus debeat, quomodo Accursius noster distinguit, omni enim casu dicendum est compensationem locum habere, & fideiussorem, si eam obiiciat, non teneri ipso iure, si verò non obiiciat, teneri eum & quidem cum effectu. Planè dubitandum non est, quin possit eam obiicere etiam inuito debitore, *l. si stipulatus. 15. in princ. infr. de fideiuss.* Iunge tamen §. 1. eiusdem legis, & obserua, non sicut fideiussor compēsationem obiicere potest ex persona rei, ita vicissim reum posse obiicere ex persona fideiussoris, quia non, quemadmodum fideiussor idipsum debet quod reus principalis, ita possis dicere reum principalem id debere quod fideiussor extra causam fideiussionis debeat. Nec rursus quemadmodum per mediam personā fideiussoris ad reum peruenitur, ita per mediam personam rei ad mediam personam fideiussoris perueniatur. Est tamen etiam alia huius legis ratio, quam Paulus postremis verbis non obscurè insinuat, cùm ait, non posse teneri fideiussorem in maiorem quantitatem quàm reus condemnari possit. Est enim generalis iuris regula, neque fideiussores neque ceteros qui tanquam accessiones obligātur, non posse in plus quàm reus debeat, obligari. *l. Græcè, 8. illud. infr. de fideiuss.* Atqui debitor centū aureorum cui vicissim creditor quinquaginta debeat, licet reuera debeat cētum, quæ fortassis accepit mutuo, non tamen ad centum condemnari potest, Sed tantum ad quinquaginta, cùm ab aliis quinquaginta beneficio compensationis liberatus sit. Ergo neque fideiussor in centum integra conueniri potest, quasi nec debeat, quia verba cum effectu sunt accipienda, vt hic notat Accurs. ex *l. 1. §. 1. supr. quod quisque vir. l. penult. §. docere. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exi. l. debitor 59. vers. videamus. de effectu rei infr. ad S.C. Trebell.* Illa duntaxat inter reum & fideiussorem differentia est, quod inuitus debitor compensatione non vtitur, fideiussor verò vtitur, non quidem inuitus, sed inuito tamen creditore, *d. l. si stipulatus.* Itaq; non est perpetua eius dictæ legis 9. regula. *C. hoc tit.* Sed plerasque exceptiones patitur, de quibus cum Accursio dicemus ad legem sequentem.

5. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI quid à fideiussore petatur: æquissimum est, eligere fideiussorem : vtrum quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit. sed, & si vtrumque velit compensare, audiendus est.

Ad l. Si quid. 5.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad superiorem, cùm vtriusque eadem sit sententia, fideiussorem scilicet, si ex fideiussione sua conueniatur, compensare posse quod reo debetur non minus quam si fideiussor ipsi deberetur, nisi quod hæc lex addit esse in arbitrio & potestate fideiussoris eligere si quid & ipsi & reo debeatur, quid malit compensare, adeóque quod magis est, si vtrumque compensare velit, audiri eum debere. In quo tamen dubitandi ratio specialior illa occurrit, quod cum fideiussor & reus principalis sicut vnam tantum, eandémque summam debent, ita vnius duntaxat personæ vice fungi videantur, non videatur æquum, vt duorum creditorum iure censeantur, quod tamen euenire necesse esset, si vtrumque compensare posset fideiussor & quod sibi ipsi & quod reo deberetur, satisque ei esse debet, quod electionem habeat, alterutrum & quod malit compensandi, ne alioqui nimis lædatur debitor, si duplicis crediti compensationem pati cogatur. Cùm etiamsi ab vtroq; peteret, id est tam à reo quam à fideiussore nō nisi vnum esset debitum cuius solutionem vrgeret, Sed decid. ratio illa eadem est quam supra attulimus, quod creditor, qui à reo accepit fideiussorem, vtrumq; debitorem habeat eiusdem quantitatis, vt proinde recusare non possit, quominus etiam ab vtroq; compensationem patiatur, aut potius ex vtriusq; persona, tametsi contra solum fideiussorem agat, quia & si ab vtroque conueniretur, vterque condemnandus esset. Itaq; nihil eius interest quod fideiussor conuentus & suum & rei principalis debitum compenset. Quinimo eius interest potius, vt per compensationem ipso iure ab vtroque liberetur, quæ ratio & æquitas fuit inducendæ compensationis, vt diximus ad *l. 3. supr.* Neque hoc tantum casu euenit, vt quis compenset etiam quod alij debetur contra regulam *l. eius. 9. Cod. hoc tit.* de qua scripsimus ad legem præcedentem, sed etiam aliis quibusdam casibus, quos hic Accurs. refert. Primus est, si cum filiofamilias aut cum seruo contractum sit, & ex eo contractu agat dominus vel pater. Potest enim eo casu debitor per compensationem solidum seruare quod sibi debetur. Quamuis si ageret, non posset consequi, nisi quatenus est in peculio filiifamilias vel serui. *l. si cum filiofamilias. 9. infr. hoc tit.* Secūdus casus est in procuratore qui in rem suam datus est, nam post litis contestationem si vice mutua conueniatur, æquitate compensationis vtetur *l. in rem suam 18. infr. hoc tit.* Tertius est in duobus sociis. Nam si duo rei promittendi socij sint,

sint, prodesit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debeat, quod diuersum esset, si socij non essent *l. si duo rei. 10. infr. de duob. reis.* An autem compensatio ita fiat ipso iure, vt non sit opponenda ab homine, de quo rursum Accurs. hic quærit iam supra diximus & dicemus latiùs ad *l. si ambo 11. & ad l. cum alter 11. infr. hoc tit.* Iunge §. *in bonæ fidei Inst. de action. & l. vlt. C. eod.*

6. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

ETiam quod natura debetur, venit in compensationem.

Ad l. Etiam. 6.

RAT. DVBITAN. Obligatio, quæ naturalis tantùm est, actionem parere non potest, sed tantum exceptionem, quia nec ius naturale actiones vllas agnoscit, vt diximus *ad l. vlt. supr. de iureiur.* Ergo non potest inducere cōpensationem, quia is qui compensat, quodammodo agit *l. amplius non peti 15. infr. Rat. rem haber.*

DEC. Compensatio licet actionis vim & effectū habeat, exceptio tamen est, paritque retentionem qui vnus est ex effectibus naturalis obligationis *l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. 3. §. vlt. supr. Quod quisq. iur.* Ergo etiam id quod naturaliter tantùm debetur, in compensationem venire potest. Nec est quod quis obiiciat ex *l. quacunque 14. infr.* Quæcunque per exceptionem perimi possunt, ea in compensationem non venire. Aliud enim est de eo debito loqui quod peti non possit defectu non tam iuris quam actionis: quale est quod naturaliter tantùm debetur. Aliud verò de eo debito quod peti quidem possit, sed non cum effectu propter exceptionem. Nam debitum cuius petitio repelli per exceptionem potest, habetur pro indebito *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb. l. creditor 55. l. debitor 108. de verb. signif.* At quod naturaliter debetur, id verè ac iure debetur, & sine exceptione. Is enim natura debet quem iure gentium date oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de regul. iur.* Neque verò ius naturale aut gentiū vllas agnoscit exceptiones, sicut nec actiones.

7. IDEM libro 28. ad Edictum.

QVod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat, quamquam dari oporteat.

Ad l. Quod in diem. 7.

RAT. DVB. Quod in diem certam debetur, etiamsi dies nondum venerit, tamen iam debetur, quia certum est diem esse venturam, licet interim exigi non possit, cessit enim dies, quamuis nondum venerit *leg. cedere diem. 213. infr. de verb. sig.* Adeò vt etiamsi debitor ante diem soluerit, repetere non possit quasi indebitum soluerit, *l. in diem 10. supr. de cond. indeb.* Item vt in diem obligatio nouari possit etiam priùs quā dies venerit *l. in diem 5. infr. de nouat.* Atqui quodcumque debetur, venit in compensationem, tametsi non nisi naturaliter debeatur, vt scriptum est in *l. proxima. infr.* Ergo etiam id quod in diem debetur compensari poterit antequam dies venerit, quia id dari tādem oportere certum est.

DEC. Quæcunque per exceptionē perimi possunt, ea in compensationem non veniunt, *l. quæcunq; 14.* Atqui quod in diem debetur si ante diem petatur, malè petitur & exceptione pluris petitionis summouetur actor, qui plus petit tempore. *l. vnic. in fin. supr. Quand. di. leg. ced. §. si quis agens. Inst. de action.* Totum enim medium tempus liberum debitori ad soluendum esse intelligitur *l. quod certa die. 70. de solut.* Adeò vt qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis nō rectè petat *l. qui hoc anno 41. iuncta l. stipulatio ista, 38. l. continuus. 137. §. cùm ita. vers. nā & quod in diem infr. de verb. obl.* Ergo quod in diem debetur interim compensari non potest non magis quàm peti, cùm compensatio etiam vim petitionis obtineat, *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem hab.* Excipiendus tamen est casus ille de quo in *l. si cùm militi 16. §. 1. infr.* id est, si quis intra diem ad executionem iudicati datum compensare velit quod sibi ex iudicato debetur: tunc enim compensatio admittetur, quoniam aliud est diem obligationis non venisse, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, vt ibi Papinianus eleganter ratiocinatur.

1 ¶ Si rationem compensationis iudex non habuerit: salua manet petitio. nec enim rei iudicatæ exceptio obiici potest: aliud dicam, si reprobarit pensationem, quasi non existente debito. tunc enim rei iudicatæ mihi nocebit exceptio.

Ad §. 1. Si rationem.

RAT. DVB. Cùm iudex nullam petitionis rationem habet, hoc ipso videtur petitorem summouere, siue de principali debito agatur, siue de fructibus & accessionibus, putà de sumptibus litis, *l. terminato. 3. vbi omnes notant C. de fruct. & lit. expens.* Tacitè enim denegatur quod petitum expresse nō conceditur. Ergo cùm opposita compensatio est, nec vllam eius rationem habet iudex condemnans debitorem compensare volentem, ad solutionem quantitatis petitio, perinde ac si opposita compensatio non esset, dicendum videtur sic haberi debere, ac si compensationem iudex reprobasset, vt si in alio iudicio idem debitor aduersus eundem creditorem velit rursus compensationem obiicere, non sit audiendus, sed exceptione rei iudicatæ.

DEC. Res iudicata stricti iuris est, nec pro iudicato haberi debet, nisi quod per sententiam iudicis disertè pronunciatum est. Ideóque verba sententiæ diligenter ponderanda sunt, *l. si inter me. 15. infr. de except. rei iud.* Atqui exceptio rei iudicatæ locum non habet, nisi quando & quatenus res iudicata est *l. cùm quæritur. 12. & seqq & passim eod. tit.* Ergo multum interest, an iudex apud quem opposita fuit compensatio, eam expressim reiecerit & reprobauerit, an verò nulla ipsius habita ratione, nec mētione debitorem simpliciter ad solutionem condemnauerit: Priore casu, si inter easdem partes

iterum opponatur compensatio, obstabit exceptio rei iudicatæ. At posteriore non item, quia nihil de compensatione pronunciatum est. Eadémque distinctio adhibetur ab Vlpiano in *l. si autem* 8. §. *si quocunque modo*, vbi scripsimus *sup. de neg. gest.* Ex quo intelligimus non esse verum quod interpretes & pragmatici nostri inferre solent ex *d. l. terminato*, non posse post sententiam de ea re agi de qua prius actum fuerat, etiamsi nihil de ea pronunciatum sit. Quod sanè non solùm ex illa lege non bene probetur, sed & ex hoc §. *maximè cõuincitur, & ex d. §. si quocunque modo.* Iunge *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vind.* Nisi cum de accessoriis tractatur, quæ sublato & terminato principali negotio non possunt subsistere, puta de vsuris & sumptibus non obligationis iure, sed iudicis tantum officio debitis, vt in *l. 4. C. depos. l. qui per collusionem.* §. 1. *inf. de act. empt.* *Iuncta l. cùm principalis* 178. *de reg. iur.* Euidens autem ratio diuersitatis est inter hos duos casus si Iudex cõpensationis rationem nõ habuerit, & compensationem expresè reprobauerit. Nam posteriore casu perinde est ac si pronunciaret iudex non deberi eã quantitatem, cuius compensatio obiiciebatur, cùm si deberetur, nõ posset iudex impedire ne compensatio ipso iure facta esset. At cùm nullam compensationis rationem habet, non ideò pronunciat nihil deberi ei qui compensationem obiicit, cùm nihil vetet debitum quid esse, nec tamen compensari. Obseruandum autem est quod Vlpianus in hac lege scribit, exceptionem rei iudicatæ obstare si iudex reprobauerit compensationem, non tantùm eo casu locum habere, quo debitor alio iudicio conuentus velit iterum compensationem eiusdem quãtitatis obiicere, sed illo etiam, quo velit ille per actionem idem debitum petere, & quod faciliùs euenit contrario iudicio siue negotiorum gestorum, siue mandati, siue commodati, siue tutelæ aut quo alio simili experiri, vt in specie dicti §. *si quocũq; modo & l. in rebus* 18. §. *vlt. sup. Commod. l. 1. §. præterea* 4. *infr. de contr. tutel. & vtil. act.* Nam quod dici solet ei qui succumbit in exceptione nõ nocere rem iudicatam, si id ipsum persequatur per modum actionis, ex *l. vindicantem.* 17. *& seq. infr. de euiction.* Tunc locum habet, cùm exceptio & actio non tendunt ad eundem finem quomodo tendunt in specie proposita, vt benè Bartolus docet. Nec obstat huic legi quod idem Barto. obiicit in *l. 1. C. de ordin. iud.* sententiam latam super negotio principali facere præiudicium in incidenti, tractat enim illa lex de incidenti, de quo necessario cognoscendum fuit; licet non pronunciandum de sententia super principali negotio ferri possit, quod & Bartolus benè vidit, & nos latius in libris Cõiecturarum explicauimus.

8. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

IN compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est: ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

Ad l. In Compensationem. 8.

RAT. DVB. Nouatio fit, adeoq; interdum delegatio per litis contestationem, vt quod antea debebatur, desinat deberi ex priore causa *l. delegare* 11. §. 1. *& l. aliam.* 29. *infr. de nouat. & deleg.* Ergo debitũ cuius nomine lis contestata iam est cum actore in compensationem deduci amplius non potest, tanquam quod sit indebitum ex omni alia causa præterquam litis cõtestatæ, ac proinde petendum necessario est per viam actionis & in eo ipso iudicio quod post litem contestatam dictatum est. Cum enim compensatio nihil aliud sit, quàm debiti & crediti inter se contributio *l. 1. supr. hoc tit.* consequens, vt quod per contestationem creditum esse desiit, compensari amplius non possit.

DEC. Alia causa est nouationis voluntariæ, alia eius quæ ex necessitate fit per litis contestationem, *d. l. aliam.* Non enim solet deterior actoris conditio fieri per litis contestationem, sed plerumq; melior *l. non solet.* 86. *& seq. de reg. iur.* Atqui deterior conditio fieret actoris post contestationem ob id quod in debito persequendo fuisset diligentior, si compensationis æquitas ei denegaretur ob id solum quod de eo debito iam litem contestatus esset. Ergo quamuis nouatio nihil aliud sit quàm debiti peremptio *l. 1. de nouat.* non eo minus tamen permittendum actori est, vt debitum illud compẽset, quam si nulla per contestationem facta esset nouatio. Iura enim subueniunt vigilantibus & diligentibus, non dormientibus aut negligentibus. *l. non enim* 16. *supr. ex quib. cau. mal. l. pupillus* 24. *infr. quæ in fraud. cred.* Et absurdum esset melioris conditionis esse desides quam diligentes *l. 2. C. de ann. except.* & stultos quàm prudentes *l. 4. C. quod vi aut clam.* Nec obstat si quis obiiciat cum Bartolo duo iudicia de eadem re pendere non posse, & vbi cœptum est iudicium, ibi finem accipere debere ex *l. vbi acceptum.* 30. *supr. de iudic.* Nam vt idem Bart. respondet, nihil vetat de eadem re duo pendere iudicia, quorum vnum sit per viam actionis, alterum per viam exceptionis, quale illud est in quo compensatio obiicitur, quæ cum fiat ipso iure, vt diximus ad *l. 4. & 5. supr.* statim atque opposita est, apparet citiùs terminari iudicium, quamuis posterius in quo de cõpensatione tractatur, quam terminari possit prius in quo lis de eodem debito fuerit contestata, si quidem de eo debito hic loquimur quod liquidum sit, aut facile & in promptu liquidari possit, quandoquidem alioquin eius compensatio obiici non posset, vt bene idem Bart. hic notat ex *l. vlt. C. hoc tit.*

9. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI cum filiofamilias, aut cum seruo contracta sit societas: & agat dominus, vel pater: solidum per compensationem seruamus: quamuis, si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.

Ad l. si Cum filiofamilias. 9.

RAT. DVB. Si quis cum filiofamilias contrahat, duos quidem habet debitores patrem & filium, sed filium in solidum, patrem verò non nisi quatenus est in peculio, *l. si quis cum filiof. milias* 44. *supr. de pecul.* Si verò cum seruo alieno contrahit, licet seruum ciuiliter obligatum habere non possit, sed tantum naturaliter *l. serui* 14. *infr. de oblig. & act.* Non eo magis tamen Dominum obligatum habet nisi de peculio, si non iussu domini sui contraxerit *l. 1. supr. quod cum eo qui*

& qui in ali.pot.l.1.quod iussu & tot.tit.de pecul. Atqui etiam is qui compēsat, agere & petere videtur *l.amplius non peti. 15. infr. rat. rem hab.* Ergo nec per compensationem fieri potest, vt qui cum filiofamilias vel seruo alieno contraxerit solidum suum debitum & supra quam in filijfamilias vel serui peculio est, consequatur, ne alioqui quod vna via prohibitum est, alia permittatur contra *l. si ire oportet 21. §. infr de tutor. & curat. dat.* Nec æquum est, vt quod per viam actionis non licet, per viam exceptionis non liceat. *l. nam postea quam 9. §. si minor vers. præterea supr. de iureiur.*

Dec. Etiam naturalis obligatio sola parit retentionem, multo magis ea quæ non tantum naturalis, sed etiam ciuilis est, vt diximus ad *l. etiam 6. supr. & l. naturales infr. de oblig. & act. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. l. 3. §. vlt. supr. quod quisque iu.* Atquin is qui qui cum filiofamilias vel seruo contrahit, habet vt diximus, seruum naturaliter obligatum in solidum *d. l. serui de oblig. & act. l. nec seruus 41. supr. de pecul.* Filium verò familias etiam ciuiliter *d. l. si quis 44. eod.* Ergo ius habet retinendi totius debiti per compensationem, etiamsi minus sit in peculio, vt scilicet nō plus debere patri vel domino existimetur, quàm quod solido debito compensato superfit. Etsi enim qui compensat etiam petit, attamen petit retinendo & recipiendo, nec nouum est, vt seruetur iure exceptionis quod iure actionis peti non potest. vt noster hic notat Accurs. ex *l. si in emptione 24. §. idem si emptor, supr. de contrah. empt. l. cum fundus 55. §. seruum tuum sup. de reb. cred.* Nec aliud est, etiāsi quis patrem ex filiæfamilias maleficio conueniat in specie *l. 3. §. vlt. infr. rer. amot.* Quamuis ex delicto filijfamilias pater neque de peculio, neque noxali actione conueniri possit *l. 1. 9. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Sed habet casus rationem specialem in patre agente de dote adiuncta filiç persona, quæ res mariti amouisse dicebatur: is enim cogitur eam in solidum defendere, vt lex ait, quod in cæteris casibus nō idem est.

1 ¶ Sed si cum filiofamilias agatur: an, quæ patri debentur, filius compensare possit, quæritur, quod magis est admittendum, quia vnus contractus est: sed cum condicione, vt caueat patrem suum ratum habiturum: id est, non exacturum, quod is compensauerit.

Ad §. 1. Sed si cum filiofamilias.

Rat. dvb. Non quemadmodum quod debetur filiofamilias, debetur etiam patri ex *reg. l. placet 79. infr. de acq. her. l. cum qui 56. §. qui sibi & seq. l. quod dicitur 130. infr. de verb. ob.* Ita etiam possumus dicere quod debetur patri deberi filio, quia per patrem filio nihil acquiri potest, sed patri per filium, iure scilicet patriæ potestatis id faciente. Ergo quamuis aduersus patrem agentem possit obiici compensatio eius quantitatis quam filius debet, etiamsi minus sit in peculio, vt proximè diximus, non ideo tamen bona consecutio est, vt similiter filiusfamilias conuentus in solidum à creditore qui habet patrem obligatum de peculio, possit compensare id, quod ab eodem creditore patri debetur, videturque hoc casu locum habere quod scriptum est in *l. in rem 18. §. 1. infr. hoc tit. & in l. eius 9. C. eod.* eius quod alij debetur quam ei qui conuenitur, compensationem obiici non posse.

Dec. Etsi duæ sunt actiones diuersæ quæ creditori filiifamilias competunt, vna aduersus filiumfamilias in solidum, altera aduersus patrem de peculio. *d. l. si quis cum filiofamilias 44. supr. de pecul.* sicuti duo sunt debitores, vt eadem lex ait, tamen vnus contractus est, ex quo vtraque actio nascitur, nam ex contractu filijfamilias ad rem peculiarem pertinente obligatur paterfamilias de peculio etiam inuitus nedum ignorans *l. 1. & tot. illo tit. de pecul.* Ergo non minus permittendum est filiofamilias conuento in solidum à creditore peculiari compensare id quod creditor patri debet, quàm permittitur eidem creditori conuento à patre cōpensare solidū quod sibi à filiofamilias debetur: & miror Accursiū Ioannis præceptoris sui sententiam secutum non erubuisse scribere rationem hanc à Paulo tam apertè expressam bonam non esse, est enim optima, cùm vnus idemque contractus ex quo & filius principaliter & pater accessoriè obligantur, alio iure censeatur in persona filij, alio autem in persona patris, nec proindè filio denegandum sit, vt paterni debiti compensationem obiiciat, cùm ex eo ipso contractu conuenitur, ex quo si pater conueniretur, æque compensationem posset obiicere eius quantitatis quæ sibi deberetur. Rectè tamen Paulus subiicit, non simpliciter hoc verum esse, quod dixit posse filiumfamilias compensare quod patri debetur, sed ita demum si paratus sit filius cauere patrem suum ratam rem habiturum, id est non exacturum quod filius compensauerit. Est enim hæc exceptio de iure tertij, nec aliter exclusiua iuris agentis quàm si tertius velit. Quod genus exceptionis admitti non solet nisi de tertij voluntate appareat *l. 2.* vbi Bart. notat. *infr. de except. rei iud.* Qua ratione nec in proposita specie admitti compensatio per viam exceptionis deberet, nisi ratio illa Pauli pro filiofamilias faceret, quod vnus idemque contractus est, ex quo & pater de peculio, & filius in solidum obligatur. Ex quo tanto manifestius intelligimus quàm bona & necessaria sit Pauli ratio, licet eā Accursius quasi malam improbet. Nec felicior in huius legis interpretatione est Bartolus ex ipsius ad hunc §. commentariis & iis quę supra diximus, videre est.

10. Vlpianvs libro 63. ad Edictum.

SI ambo socij parem negligentiam societati adhibuimus: dicendum est, desinere nos inuicem esse obligatos, ipso iure compensatione negligentiæ facta. Simili modo probatur: si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quæ eadem quantitate æstimatur: compensationem factam videri, & ipso iure inuicem liberationem.

Ad l. Si ambo. 10.

Rat. dvb. Compensatio non fit nisi ad concurrentem vsque quantitatem *l. si constat. 4. & passim C. hoc tit.* Ergo non nisi quantitatis ad quantitatem, vnde est quod speciei nec cum quantitate, nec cum alia specie fit compensatio ante *l. vlt. C. hoc tit.* Quæ

in actionibus etiam in rem compensationem introduxit. Ergo negligentiæ ad negligentiam compensatio fieri non potest: Quia cum compensatio sit debiti & crediti contributio *l. 1. supr.* nemo est qui nisi perabsurdè dici possit debitor aut creditor negligentiæ. Quæ tota in negatione & in non faciendo consistit.

Dec. Damnũ, quod alicui contingit ex aliena negligẽtia, æstimationẽ recipit in pecunia, quoties quis ex negligentia tenetur. Quod accidit quoties quis culpam præstare debet saltem leuem, vt in actione pro socio, *l. 5. §. nunc videndum supr. commod. l. contractus 23. de reg. iur.* Magna enim negligentia culpa est, sicut magna & lata culpa dolus est, *l. quod Nerua 32. infr. tit. prox. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* Ergo non minus compensatio fieri potest negligentiæ cum negligentia quàm pecuniæ cum pecunia, & quidem vsque ad concurrentem quantitatem eius pecuniæ, qua vtriusq; culpa æstimatio cõcluditur. Quod & sequentia huius legis verba demonstrant in illis verbis, *alter tantam negligentiam exhibuerit quæ eadem quantitate æstimatur*, sic & dolus cum dolo compensatur *l. si duo 36. supr. de dol. l. apud Celsum 4. § Marcellus 13. inf. de do. ma. except.* Nempe quia etiam dolus pecunia æstimatur *l. si cum fundum 68. in fi. infr. de contrah. empt. l. si traditio 4. C. de act. emp.* Sic & dolus cum culpa rectè compensatur *l. item si obstetrix 11. §. vlt. supr. ad l. Aquil.* nimirum ad concurrentem vsque æstimationem, alia enim & grauior est doli æstimatio, alia & leuior culpæ. Sed & paria delicta mutua compensatione tolluntur *l. viro 39. infr. solut. mat.* nempe cum ex delicto ad pecuniam agitur vt in *d. l. viro*, & *quoties infr.* Non itém si ad vindictam publicam, quæ sanè huiusmodi compensationis fine magna reipublicæ iniuria & pernicie compensationes huiusmodi admittere non posset. Interest enim reipublicæ male admissa puniri *l. ita vulneratus in fi. supr. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1 inf. de solut.* Qui, quis enim accusatur de crimine præsertim publico, innocẽtia se tueri debet, non relatione criminis *l. is qui reus 5. infr. de public. iud.* Ergo verũ est quod Vlp. hic scribit, si ambo socij parẽ negligentiam in administranda societate adhibuerint, desinere eos inuicem esse obligatos propter factam ipso iure vtriusque negligentiæ compensationem. Quod Accursius noster sic intelligit, vt nec ab homine compensationem hãc obijci necesse sit, quasi satis sit opponi eam & fieri à lege in maleficiis. Ego tamẽ cum neq; maleficiorum obligatio priuilegium hoc mereri possit, neque in tota hac lege verbum vllum sit ex quo appareat compensationem hoc casu nõ esse obiiciendam ab homine, quamuis dicat Vlpian. fieri eam ipso iure. Idem enim est in specie *legis 4. & 5. supr.* vbi tamen diximus necessarium esse opponi ab homine compensationem, vt ipso iure per legem facta esse intelligatur, vt & in *d. l. si constat 4. & passim. C. hoc tit.* Et verò cùm non fiat compensatio negligentiæ cum negligentia, neque maleficij cum maleficio, nisi quatenus pecuniariè interest, & ad concurrentem vsque æstimationis pecuniariæ quantitatem, vt diximus: Quid potest interesse, an maleficiorũ & negligentiarum fiat compensatio, an summarum? Igitur si alter ex sociis ex communi aliquid perceperit propter quod societatis debitor constitutus sit, alter autem socius tantam vicissim negligentiam exhibuerit, quantam esse oportet vt eadem quantitate æstimetur, dicendum est compensationem inter eos factã videri, ita vt iis inuicẽ liberatio ipso iure competat, nec alter ab altero ex causa societatis exigere quicquam possit, vt sequitur in vers. *simili modo.* In quo tamen specialior dubitandi ratio illa afferri potest, quod compensatio non videatur habere locum, nisi cum ex vtraque parte par debitum est & par vtriusque debiti causa. Id enim esse videtur quod Bart. hic notat, debita, est paribus casibus compensari. Sed tamen non ita est, licet enim dispar & diuersa vtriusque debiti causa sit, compensatio tamen locum habet etiam iure vetere, dummodo ex vtraque parte certa pecuniæ quantitas debeatur, siue ab initio siue propter factam doli, vel negligentiæ, vel alterius culpæ æstimationem.

1 ¶ Si quis igitur compensare potens soluerit: condicere poterit, quasi indebito soluto.

Ad §. 1. si quis igitur.

Rat. dub. Nemo cogitur compensare si malit soluere, quamuis si paratus sit cõpensare, fiat compensatio ipso iure etiam inuito aduersario *l. 2. supr.* Vnde est quod in præcedentibus diximus, non fieri compensationem ipso iure, nisi obiiciatur ab homine *l. quod habeo 13. infr. hoc tit.* Ergo etiamsi is qui cõpensare poterat soluerit, nõ potest habere cõdictionẽ indebiti quasi indebito soluto, cùm reuera soluit debitum: Alioqui nec volens compensare posset, quandóquidem debitum esse oportet id quod compensatur, *l. etiam 6. supr. l. quæcumque 14. infr. hoc. tit.*

Dec. Compensatio vim solutionis obtinet, & fit ipso iure *l. cum alter 11. d. l. quod habeo. 13. l. posteaquã 21. infr. hoc tit.* Atqui debitum solutum ex debito fit indebitum, quia solutione tollitur omnis obligatio *§. 1. Inst. quib. mod. oblig. toll. l. penult. & tot. tit. infr. de solut.* Ergo quod compensari potuit si solutum sit, repeti potest per condictionem indebiti tanquã indebitum & bis solutum: nam & compensatio exceptio est, & quidẽ perpetua. Qui autem, cùm exceptione perpetua tutus esset, soluit, habet condictionem indebiti *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.* quia nec deberi intelligitur, quod propter metum exceptionis perpetuæ peti non potest. *l. creditores 10. l. creditor. 55. l. debitor. 108. de ver. sig.* sed hoc ita intelligi debet, si per errorem facti omiserit compensationem, solus enim error facti non etiam iuris inducit condictionem indebiti *l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ign.* Cæterum si quis sciens compensationem sibi competere, maluerit tamen soluere quàm compensare, non est audiendus, si condicere postea velit: Nec si ea mẽte soluerit vt post ea condiceret, *l. quod quis sciens. 50. supr. de cond. ind. l. indebitum 9. C. eod.* Multò magis idem dicendum est, vt scilicet cõdictio indebiti locum non habeat, si inuicem creditor idemq; debitor debitum soluerit in ijs casibus in quibus compensatio locum non habet *l. qui inuicem 30. supr. de cond. ind.* iunge *l. quod dicitur. 5. §. penult. infr. de impen. in reb dot. fact.*

2 ¶ Quoties ex maleficio oritur actio: (vtputa ex causa furtiua, ceterorúmque maleficiorum) si de ea re pecuniariè agatur: compẽsatio locum habet. Idem est, &

est, & si condicatur ex causa furtiua. [b] Sed & qui noxali iudicio conuenitur, compensationem opponere potest.

Ad §. 2. Quoties.

RAT. DVB. Publicè interest puniri maleficia & delicta *l. ita vulneratus. 51. §. vlt. supr. ad l. Aquil. l. Stichum & Pamphilum 95. §. 1. infr. de solut.* Ergo quod ex causa maleficij debetur, non potest nec debet compensari cum eo quod vicissim à maleficij reo debeatur. Ita enim fieret, vt delictum quodammodo impunitum remaneret.

DEC. Multum interest an ex maleficio agatur putà ex causa furti vel vi bonorũ raptorum vel iniuriarum, ad vindictam publicam, & criminaliter: An verò ciuiliter, & ad pœnam pecuniariam. Posteriore hoc casu fit compensatio non etiam priore, vt diximus ad initium huius legis. Pœna enim pecuniaria, ad priuatam potius quàm ad publicam vindictam pertinet *l. si quis iniuriam 35. infr. de iniur. l. 1. §. vlt. infr. de pœn.* maximè verò pœna furti siue dupli sit siue quadrupli, de hac enim actione furti locus hic intelligendus est ad differentiam condictionis furtiuæ, de qua postmodum agitur.

a *Idem est & si condicatur.* RAT. DVB. Eadem est ad hunc versiculum quæ ad superiorem sententiam. Condictio enim furtiua nascitur ex furto & ex delicto, vt ex hoc maximè loco manifestè probatur, & ex *l. si mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* Quos nos pluribus ostendimus ad *l. in condictione 9. supr. de cond. furt.* Ac proinde absurdum videtur compensari delictum cum pecunia. Sed DEC. ratio est, quòd ex cõdictione quoq; furtiua non ad pœnam agitur neq; ad vindictam criminis, sed ad rem ipsam furtiuam, aut ad eius æstimationẽ, *l. si pro fure 7. §. 1. & seq. supr. eod. illo tit.* Itaque cum pecuniariam semper habeat condemnationẽ, non fit hoc casu cõpensatio delicti, sed pecuniæ cum pecunia. Nec idcirco verendum est, vt furtum impunitum remaneat, cùm nihil commune habeat condictio furtiua, vt nec vindicatio rei furtiuæ cum pœnali persecutione criminis *l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt.*

b *Sed & qui noxali iudicio.* RAT. DVB. Noxales actiones, vt nomen ipsum sonat, nascuntur ex noxa id est, ex delicto serui, & sunt eius cõditionis, vt si is qui noxali iudicio conuenitur, malit seruum suum noxæ dedere quàm damnum decidere, id est quàm litis & damni æstimationem soluere, audiendus sit, ne ex facto serui in plus condemnetur quam quanti seruus ipse est, qui deliquit *l. 1. & tot. tit. supr. de noxal. act. l. Prætor ait. 7. §. 1 infr. de dam. inf.* Ergo in noxali iudicio non est admittenda compensatio, ne alioquin eueniat, vt si malit dominus seruum noxæ dedere, compẽsatio speciei cum pecunia facta esse videatur, quod esse non potest præsertim iure vetere inspecto, & ante *l. vlt. C. hoc tit.*

DEC. Noxales actiones sui natura dantur ad pecuniariam condemnationem, vt verò possit dominus, si malit seruum noxæ dedere, nõ tam fit ex natura actionis quàm ex *l. 12.* tabularum quæ hanc facultatem & electionem domino dedit, vt eleganter, & disertè scriptum est in *l. miles 6. §. decem infr. de re iudic.* Ergo nihil vetat etiam in noxali iudicio, perinde atque in condictione furtiua, quæ ex delicto similiter nascitur, fieri compensationem pecuniæ cum damni & litis æstimatione, quæ semper in pecunia consistit. Vnde est quod litis æstimatio dicitur similis emptioni *l. 1. & 3. infr. pro emptor.* Quod tamẽ in hoc §. dicitur etiã in actionibus quę ex maleficio nascuntur compensationi locum esse, exceptionem vnam recipit: Nisi quis alienam possessionem perperam occupauerit & inuaserit huic enim compensationẽ dari vetuit Iustinian. in *d. l. vlt. in fi. C. hoc tit.* Odio scilicet inuasionis & spoliationis, quam semper exosam habet legislator *l. meminerint 6. l. si quis in tantam, & l. si quando 9. & passim. C. vnde vi.*

3 ¶ In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habẽt, id est prætoriis, compensatio locum habet, &, secundùm Iulianum, tam in ipsa stipulatione, quàm in ex stipulatu actione poterit obiici compensatio.

Ad §. vlt. in stipulationibus.

RAT. DVB. Compensatio non nisi actionibus obiicitur *l. vlt. C. hoc tit.* siue obiiciatur per modum exceptionis, siue in speciem mutuæ cuiusdam petitionis. Nam neq; exceptio esse potest, vbi nulla actio est, cum nihil aliud sit quam actionis exclusio *l. 2. & 3. infr. de except.* neque vlla petitio mutua vbi nulla petitio est *l. 1. §. vlt. infr. quæ sent. appell. resc. l. 1. & 2. supr. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* Vbi diximus. Atqui stipulationes non sunt actiones, sed contractus ex quibus nascũtur duæ actiones aut condictio certi si stipulatio sit certa, aut ex stipulatu, si sit incerta, *l. si quis certum 24. sup. de reb. cred.* Idq; siue conuentionales sint stipulationes, siue prætoriæ, de quibus in *l. in conuentionalib. 52 inf. de verb. obl. l. vlt. & tot. tit. de stipul. præt.* Ergo in stipulationibus quamuis prætoriis compensatio locum habere non potest.

DEC. Inter stipulationes prætorias quædã sunt, quæ instar actionis obtinere dicuntur, siue quod prætor eas in locum & vicem actionis interponi iubeat, vt vulgo putant, siue potius, quod intercedant vt noua ut actio, aut, vt melius in quibusdam libris scriptũ est in *l. 1. illo tit. de stipul. præt.* vt fiat nouatio, quę ideo cautionales appellãtur *d. l. 1. §. cautionales.* Quod in iis tota stipulatoris cautio consistat quia scilicet priorẽ actionem quæ cõpetebat, perimunt, sed ita vt eius naturam induant & vicem repręsentent, vnde & instar actionis habere dicuntur *d. l. 1. §. cautionales l. non solum 20 infr. rat. rem hab.* quod nos pluribus docuimus *lib. 3. coniect. cap. 1.* Ergo quemadmodum actionibus omnibus potest opponi compensatio, ita & stipulationibus istis prætoriis nõ quidem omnibus, sed cautionalibus tantum quę solæ instar actionis obtinent, & de quibus solus Vlpianus in hoc §. loquitur. Itaque verba illa id est, *Prætoriis,* quæ velut interpretationis cuiusdam loco, ponũtur mihi valde suspecta sunt, vt non sine causa asterisco notẽtur in Pãdectis Florentinis tãquã irreptitia ex glossa alicui imperiti interpretis, nõ animaduertẽtis cautionales stipulationes solas eas esse quę instar actionũ obtinẽt, nec prætorias omnes cautionales esse, quãuis cautionales omnes sint prætoriæ. Est enim sũma illa diuisio Prætoriarũ stipulationũ, vt alię sint iudiciales, aliæ cautionales, aliæ deniq; cõmunes *d. l. de stip. præt.* Exẽplum autẽ huius §. elegans & accommodatum adfert Accurs. noster ex *l. qui bona fide 6. si quis quia sibi 11. infr. de dam. inf. iuncta l. damni §. si vicinas.* Igitur verum est quod hic Vlpianus ex Iuliano concludit non tantum in actione ex stipulatu, quæ datur ex qualibet stipulatione cautionali Prætoriæ, sed etiã in ipsa stipulatione cautionali, id est, si vrgeatur quis apud præto-

rem ad interponendum huiusmodi stipulationem compensatio obiici potest. Ideò autem loquitur Vlpianus de actione ex stipulatu, quia cũ stipulationes omnes prętoriæ dentur ad id quod interest stipulatoris *d. l. vlt. de stip. prætor.* Id autem quod interest semper incertum sit, *d.l. vlt. & l. 2. §. incertã eod.* quia quatenus cuiusque intersit, in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de reg. iur.* non potest vlla ex eiusmodi stipulationibus alia nasci actio, quæ dicitur certi condictio, ex stipulatione. *Inst. de verb. ob. in princ.* quia non nisi ex stipulationibus certis nascitur *d.l. si quis certum.*

11. IDEM libro 32. ad Edictum.

CVm alter alteri pecuniã sine vsuris, alter vsurariã debet: cõstitutũ est à Diuo Seuero, concurrentis apud vtrumq; quantitatis vsuras non esse præstandas.

Ad l. Cùm alter. 11.

RAT. DVB. Sicuti compensatio quæ nihil aliud est quam debiti & crediti inter se contributio *l. 1. supr* exigit, vt ex vtraque parte sit debitum. Ita & requirere videtur, vt vtrumque debitum sit eiusdem rationis, id est vel vtrumque sit gratuitum vel vsurarium, ne alioqui fieri videatur iniuria creditori vsurario, si ei alterius debiti etiam non vsurarij compensatio obiiciatur. Ergo mirum videri debet quod Vlpianus hic refert à Diuo Seuero fuisse cõstitutũ, vt si alter alteri pecuniã sine vsuris, alter vsurariam debeat: non solùm compensatio inter eos locũ habeat, & quidem ipso iure, sed etiam concurrentis apud vtrumq; quantitatis vsuræ præstandæ nõ sint à debitore qui pecuniam vsurariam debuit.

DEC. Vsuræ non tam propter lucrũ petentium, quàm propter moram non soluentium infliguntur *l. cum quidam 17. §. si pupillo.* Atqui compensatio vim solutionis obtinet, vt quãtum creditor debitori suo vicissim debet, tantum ex sorte solutum esse ipso iure intelligatur, *l. 2. & 4. supr. l. posteaquam 21. infr. hoc tit.* Ergo quantitatis quæ per compensationem ipso iure factam soluta intelligitur, vsuræ nullæ intelligi possunt, *l. si constat 4 & l. seq. C. hoc tit.* Nec distinguimus, an vtrumq; debitum sit vsurariũ an alterũ duntaxat, quia nihil habet ea qualitas cõmune cum sorte, quominùs vtroq; casu cõpensatio sortis fieri possit & debeat, *l. proxima infr.* Estq; hic vnus casus ex iis in quibus putant Interpretes nec male compensationem adeo fieri ipso iure, vt nec obiicienda sit ab homine. Nempe cùm vsuræ ex mora tantùm non etiam ex stipulatione debentur, cuius non possit videri esse in mora debitor, qui si conueniatur, tutus sit exceptione aliqua perpetua & fauorabili. *l. lecta 4. supr. de reb. cred. l. si pupillus 127. de verb. ob. Iuncta l. creditores 10. & l. creditor. 55. de verb. sig.* qualis procul dubio est compensatio.

12. IDEM libro 64. ad Edictum.

IDem iuris est non solum in priuatis, verum etiam in causa fisci cõstitutum[a]. Sed & si inuicem sit vsuraria pecunia, diuersæ tamen sint vsuræ: compensatio nihilominus locum habet eius, quod inuicem debetur.

Ad l. Idem iuris est. 12.

RAT. DVB. in plerisque casibus melior est causa fisci quàm priuatorum ob multa priuilegia quæ fiscus habet, priuati non habent, de quibus in *tit. de iure fisci. Infr. & Cod. lib. 10. tit. 1. & de pupil. fisc. C. puta cũ agitur de iure taciti pignoris, & de prælatione l. si qui mihi. 28. l. auferetur 46. §. fiscus inf. de iur. fisc.* Ergo & in compensationibus videretur melior esse conditio fisci quàm priuatorum, vt compensationes pati non cogatur, quum priuati non patiuntur ad excludendam vsuratum fisco debitarum petitionem.

DEC. Fiscus in omnibus casibus, in quibus non habet priuilegium, vtitur iure communi priuatorũ. Imò verò interdum peioris est cõditionis, adeo vt non erret qui in dubio pro priuato contra fiscum respondeat *l. non puto. 10. eod. tit. l. itẽ veniunt 20. §. in priuatorum. supr. de hered. petit.* Atqui circa compensationes nullum priuilegium datum est fisco, nisi vt compensationem pati non cogatur alterius debiti, quàm quod eadem statio debet, quæ petit ad euitandam scilicet officiorum confusionem, quæ alioquin facilè emergeret, vt scriptum est in *l. 1. C. hoc tit.* Ergo extra hanc causam nulla differentia esse debet inter causas fiscales & priuatorum, siue de compensanda sorte agatur, siue de vsuris: nam & eadem ratio iuris vtroque casu locum habet, nempe quod compensatio solutio sit, vt diximus, solutione autem tollatur omnis obligatio non minus cùm fisco debitum est, quã cum priuato, quanquã præter rationem iuris ita constitutum est vt Vlpianus hic scribit, nimirum vt puto à Diuo Seuero de quo in *l. prox. supr.* Ne scilicet dubitandi causa aliqua superesset, & ne priuilegium aliquod hac parte possent ostendere, vt solent facilè sibi arrogare qui fiscalia negotia procurant.

a *Sed & si inuicem vsuraria sit pecunia.* RAT. DVB. Possunt pecunię deberi aliæ sub grauioribus vsuris, aliæ sub leuioribus, *l. 3. supr. de eo quod cert. loc. l. si verò non remunerandi 12. §. si mihi mandaueris. infr. mand.* Quod cum accidit, grauius & onerosius esse debitum intelligitur quod grauioribus vsuris astringitur, sicut & grauius est debitum vsurarium quàm non vsurarium *l. qui sine 38. supr. de neg. gest.* Ergo huiusmodi debitorum non potest fieri compensatio citra iniuriam illius, cui grauiores vsuræ debentur, qui scilicet conuentionis commodo non nisi periniquè priuari potest. Cùm tamen ius compensationis nascatur ex æquitate, vt toties diximus ex *l. inter tutores infr. de administ. tut.*

DEC. Illud commune est quod grauioribus & leuioribus vsuris, vt nõ nisi propter moram solutione facta debeãtur. *d. l. qui siue, & l. cum quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* Atqui compensatio vim solutionis obtinet *l. 4. l. posteaquam 21. infr. & passim hoc tit. l. si constat. 4.* Ergo non possunt deberi vsuræ siue grauiores siue leuiores eius sortis quę per compensationem iam soluta intelligitur, sic enim hic locus intelligendus est de compensatione sortium quæ vsuras debent, non etiam de compensatione ipsarum vsurarum, quamuis verum sit vsurarum quoque compensationem inter se fieri posse: sed tamen ad concurrentem duntaxat vsque quantitatem, nõ autem ita vt grauiores vsuræ cum leuioribus simpliciter & absolutè compensentur, sic enim fieret certè iniuria creditori qui grauiores vsuras stipulatus esset, non etiam cùm grauiorum vsurarum exactio ob id solum impeditur, quod compensatio facta sit socio ad concurrentem vsque quantitatem.

13. IDEM

13. IDEM libro 66. ad Edictum.

QVod Labeo ait, non est sine ratione: vt, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiiciatur.

Ad l. Quod Labeo. 13.

RAT. DVB. Compensatio fit ipso iure, vt iam toties & proximè supra diximus. Ergo si quis contra suum creditorem plures habeat petitiones, non tam inspiciẽdum est cui petitioni compensatio designata & obiecta sit, quàm quæ summa prior debita fuerit, vt ea demum compensata videatur aut ea saltem quæ in duriorem causam fuerit debita, putà sub pœna, vel sub vsuris, cùm & cõpensatio vim solutionis obtineat *l. si constat. 4. C. hoc tit.* Pluribus autem summis debitis, & facta solutione si nesciatur in quam causam solutum sit, dicimus in antiquiorem aut grauiorem solutum videri *l. 1. 2. 3. 4. 5. in princip. & §. Imperator. l. cum ex pluribus 97. infr. de solut. l. 1. C. eod. illo tit.*

DEC. Fit quidem compensatio ipso iure, sed ita tamen si debitor qui cõuenitur, paratus sit compensare, vt scriptum est in *l. 2. sup. hoc tit.* Id est si cõpensationem obiicere velit. Quid enim si malit soluere & postea petere? Ergo ea demum summa compensata videri debet & per compensationem soluta, cuius petitioni destinata fuerit compensatio siue antiquior fuerit siue recentior siue grauior siue leuior. Ac proinde in cæteris causis obiici compensatio non poterit, quia nec vnica solutio potest nisi vnicum debitum tollere, quamuis dici soleat vnã numerationem posse in plures causas proficere, sed alio sensu, vt constat ex exemplis positis in *l. in numerationibus 44. infr. de solut.* Iung. *l. procurator. 8. §. 1. infr. rat. rem hab.* Nescio autem cur Accursius huic legi opponat quod scriptum est in *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. supr. de inoff. test.* Nihil enim commune habet is locus cum huius legis sententia. Hoc vnum sanè placet quod Interpretes video ex hac potissimum lege probare compensationem, tum quoque cùm fit ipso iure, destinandã tamen & obiiciendã esse ab eo qui conuenitur. Idem in deductione iuris est *l. si noxali 11. §. est quæstionis in fin. supr. de pecul.*

14. IAVOLENVS libro 15. ex Cassio.

QVæcumq; per exceptionẽ perimi possunt, in compensationẽ nõ veniunt.

Ad l. Quæcunque. 14.

RAT. DVB. Compensatio est mutui crediti & debiti inter se contributio *l. 1. supr.* Atqui etiam ea quæ per exceptionem perimi possunt, non eo minus verè debentur, cùm etiam peti possint; alioqui nec exceptioni locus esse posset; si actio locum non haberet, cùm nihil aliud sit exceptio, quàm actionis exclusio. *l. 2. & 3. & passim. infr. de excep.* Peti autem per actionem non possit, nisi idipsum quod debetur, vt ex definitione actionis apparet, de qua in *l. nihil aliud. 51. infr. de ob. & act.* Præsertim cùm ea quæ nullo modo peti possunt, in compensationem veniant, quale illud est, quod non nisi naturaliter debetur. *l. etiam 6. supr. hoc tit.* Quanto igitur magis ea quæ peti etiam possunt, licet eorũ petitio per exceptionẽ perimi & sũmoueri possit?

DEC. Nihil interest, an quis actionem nullam ipso iure habeat, an verò eam habeat qui exceptione summoueri possit. *l. nihil interest 112. de reg. iur.* Nõ enim verè dicitur creditor qui metu perpetuæ exceptionis petere id quod sibi debetur, non potest *l. creditores. 10. & seq. l. creditor 55. l. debitor 108. de verb. sig.* Longeq; alia ratio est debiti naturalis, quod licet non pergat vsq; ad iudicij vigorem, iustum tamen, & verè debitum est *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de reg. iur.* Quemadmodũ de precariis possessionibus solemus dicere iustas eas esse, quamuis non pergant ad iudicij vigorem, quomodo scriptum est in *l. communi. 7. §. inter prædones supr. Com. diuid. iuncta l. quacunque §. 1. supr. de public. in rem act.* Ergo cum ea quæ per exceptionem perpetuam perimi possunt, indebita cẽseantur, adeo vt etiamsi soluta sint, per indebiti condictionem repeti possint, *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Consequens est, vt neque compensari possint. Compensatio enim plusquam solutio in eo est, quod compensatio pro soluto quidem haberi debet, sed pro indebito nunquam haberi potest, vt condici possit ab eo qui compensauit. Quid ergo si talis casus contingat, vt quod compensare vult debitor, reuera ei debeatur, & tamen si petatur, exceptione perpetua repelli possit? finge verũ debitorẽ eum à quo centũ petebam, fuisse per iniuriã iudicis absolutum, quó casu constat etiam post rem iudicatam manere eum verè ac naturaliter debitorem, *l. Iulianus 60. supr. de cond. indeb.* An si postea petat me centum, à quæ ei debeo, compensandi facultas mihi supererit, dubitandi ratio est, quia si hæc centum hodie peterem, repellerer exceptione rei iudicatæ, quæ perpetua est & fauorabilis, adeo vt etiam condictionem indebiti soleat impedire *l. 1. C. eod. illo tit.* & consequenter videtur succedere huius legis regula quæ negat compensari posse ea quæ per exceptionem perimi possunt: & ita videtur Accurs. noster sentire, audiẽdũ me nõ esse si cõpensare velim. Sed tamẽ mihi magis placet cõtraria sententia, ratione illa quod res iudicata non faciat quominus naturale debitũ maneat *d. l. Iulianus. l. procurator. 8. §. 1. in fin. rat. rẽ hab.* naturale autẽ debitũ sufficit ad cõpensationẽ inducendam, *d. l. etiam 6. supr. hoc tit.* Neq; huic legi contrarium est, quod scriptum est in *d. l. procurator. 8. §. 1. rat. rem hab.* vbi scilicet non agitur de cõpensatione admittenda vel reiicienda, sed de actione per debitorẽ instituta & quæ ei summo iure cõpetit, sed quæ per doli exceptionem eliditur, si dominus sui procuratoris defensionem suscipiat, vt ex lexait, quamuis Accursius noster aliter explicet ex. *l. fin. in princip. C. de iur. dot. & l. Modestinus 76 infr de solut.* quæ tamen nec cum huius, nec cum illius loci sententia commune quicquam habet.

15. IDEM libro 2. Epistularum.

PEcuniã certo loco à Titio dari stipulatus sum. is petit à me, quam ei debeo pecuniam, quæro, an hoc quoq; pensandũ sit, quãti mea interfuit, certo loco dari respondit: Si Titius petit: eam quoq; pecuniã, quam certo loco promi-

sit, in compensationē deduci oportere: sed cum sua causa: id est, vt ratio habeatur, quanti Titij interfuit, eo loco, quo conuenerit, pecuniam dari.

Ad l. Pecuniam. 15.

RAT. DVB. Etsi per actionem arbitrariam de eo quod certo loco debitor, qui alio loco soluere cogitur, indemnis præstandus est, si quid eius interfuit eo potius loco soluere, in quem fuerat collata & destinata solutio. *l. 1. 2. & passim. supr. de eo quod cer. loc.* Alia tamen ratio esse videtur eius qui actione directa suo loco conuentus opponit cōpensationē eius pecuniæ quam alio loco soluere debuit. Cùm enim compensatio solutionis instar obtineat *l. si cōstat.* 4. *C. hoc tit.* imputare sibi debet is qui vltro compensat Romæ quod Ephesi soluere debuit. Quandoquidem nemo cogit eum soluere, quod neque compensare, si nollet, cogeretur, proinde si Titius pecuniā, quam ego ei debeo, Romæ à me petat, & ego compensationem obiiciam quantitatis quam mihi Ephesi dare debuit, satis esse mihi debet, quod obiiciente me fiat compensatio vsque ad concurrentem quantitatem vtrinq; debitā. Nec illud præterea in compensationem deducendum est, quanti mea interest, Ephesi mihi potius solui quàm Romæ.

DEC. Id quod certo loco debetur, ideo vbiq; solui potest, quia etiam vbique per arbitrariam actionem solui potest *d. l. 1. de eo quod cert. loc. iuncta l. continuus 137. §. cum ita. de verb. obl.* Ergo vbicunq; soluatur, necesse est solui cum sua causa, id est, habita ratione eius quod interest ob adiectionem & vtilitatem loci. Quid enim refert an creditor in alio loco agat, an solutionem accipiat? An non satis agit qui egit, cū totus actionis effectus in exactione consistat? Sed tum maximè hoc obtinere debet, cùm solutio fit per compensationem, vt in specie huius legis, non enim fit nisi petente, & agente aduersario, & consequenter adacto debitore in eas angustias, vt si pecuniam non habeat in numerato quam possit soluere, non aliter effugere condemnationem possit, quàm si compensationem obiiciat eius pecuniæ, cuius alioqui solutionē non petiisset alio quam destinato loco. Quippe cum eius interesset Ephesi potius quàm Romæ solutionem accipere: sic dicimus alienationem rei cuiuslibet fieri cum sua causa *l. alienatio 67. infr. de contrab. empt.* Quidni ergo etiam compensatio? quæ cum solutio sit, proculdubio etiam alienatio, nec enim soluuntur nummi nisi qui alienantur *l. qui sic soluit. 55. l. si alieni 78. infr. de solut.*

16. PAPINIANVS libro 3. Quæstionum.

SI cū militi castrēsium bonorū alius, ceterorum alius heres exstitit: debitor alteri heredū obligatus, velit cōpensare, quod ab alio debetur: nō audietur,

Ad l. Si cum militi. 16.

RAT. DVB. Conditio obligationis defuncti ex persona hæredum immutari non potest *l. 2. §. ex his infr. de verb. obl.* Atqui cùm militi alius castrensium bonorum hæres extitit, alius paganorum, verum est vtrumq; eidē defuncto heredem extitisse, ac proinde ex eius persona debere saltem pro parte creditoribus defuncti, quod defunctus ipse in solidum debuit, cùm hæredes singuli repræsentent personam defuncti pro partibus hereditariis *l. 2. & passim. C. de hered. act.* Quanquam diuisi obligatione inter coheredes per legem 12. tabul. quoties talis est, vt diuidi possit, *l. 1. C. si cert. pet. l. heredes. 25. §. an ea sup. famil. ercisc.* Ergo quēadmodum defunctus si quid sibi debitum petiisset, cōpēsationem recusare non potuisset eius quantitatis quam ipse inuicem debitori suo debuisset, ita nec vlli heredū eius licere debet, si quid ipse petat quod ei debeatur, cōpensationem reiicere eius quantitatis, quæ ab altero coherede ex persona defuncti debeatur.

DEC. Est vnū hoc ex priuilegiis militū, vt alium heredē habere possint in bonis castrensibus, & quidē in solidū, aliū verò in paganicis, quia ex Imperatorū cōstitutionibus duæ quodāmodo vnius & eiusdē hominis hereditates esse dicuntur. *l. si certarū. 17. §. 1. inf. de testam. mil.* Et ita separatæ vt etiā æs alienū defuncti, quod ex causa castrensium bonorū debuit, ad eū qui ex paganicis institutus est, nullo modo pertineat, neq; cōtra vt ibidē scriptū est, nequidē pro parte, si modo ex castrēsib. tātū, aut ex paganicis tātū solui totū possit, lex enim 12. tabul. diuidit quidē æs alienū inter heredes pro hereditariis portionibus, vt diximus, sed inter eos solūmodò, qui in vna eademq; hæreditate cohæredes sunt. Atq; ita immutat cōdicionē obligationis defuncti, nō tā ex personis quā ex numero heredū, si modo nō sit repugnantia ex parte rei, quomodo contingeret, si res quā defunctus debuisset, indiuidua proponeretur, vt via vel alia eiusmodi seruitus, *d. §. an ea.* At cū duæ sunt quodammodo duorū hominū hereditates, vt in milite qui heredē vnū fecit bonorū castrensium, aliū ceterorum, nulla fit per legem talis diuisio. Sed vnusquisq; heredū ac si solus & in solidū heres esset totū æs alienū, quod aut castrensiū aut paganicorū causam cōtingit, ex quibus heres scriptus est, solus exsoluere cogitur, coheres autē nec partē quidē illius æris alieni debere, tanquam qui nō tā coheres quā heres simpliciter esse intelligatur. Ergo si debitor alterutrius heredū ab eo cōuentus, velit cōpēsare quod ab alio debetur, nō erit audiēdus ob eā iuris regulam quæ nō patitur, vt quod vni debetur, alteri cōpensetur, *l. in re 18, infr. hoc tit. l. eum 9. C. eod.* Plane in ea specie quā Accursius hic proponit, si cùm deberē tibi decē ea soluerim cuidā tuo creditori cui tu tantundē debebas, dubitandū nō est quin ea sublata sit obligatio, at nō tā vi alicuius cōpensationis quæ facta videri possit, quā potestate solutionis, cùm nihil referat an tibi soluam, an tuo creditori, dūmodo tua volūtate, sic enim hoc intelligendū est, vt cōstat ex *l. solutū 11. § solutā. supr. de pign. act.* quo vno loco vt ita sentiat, mouetur Accursius. Alioquin si citra volūtatem tuā creditori tuo soluero, siquidem te inuito & prohibēte, nullā cōtra te actionē habeo nequidem negotiorum gestorū, etiāsi te inuitū liberauerim *l. si pro te 40. inf. hoc tit. l. vlt. C. de neg. gest. iuncta l. soluendo 39. supr. eod. illo tit.* Si verò te ignorante duntaxat, aut te sciente, sed non prohibēte, habeo quidem te obstrictum vel mādati vel negotiorū gestorum actione, *d. l. soluendo l. solutione. 23. infr. de solut.* sed non ideo tamen videri possum ipso iure liberatus, quasi compensationis potestate, quia quod vtrinque debitum & creditum est, non facit ipso iure compensationem neque liberationem, sed tantum compensationis faciendæ materiam præbet, debitum enim & creditum præcedere necesse est, vt compensatio fieri possit *l. 1. supr. hoc tit.*

1 ¶ Cùm inter diem adiudicati exsecutionem datum, iudicatus Titio, agit cum eodem Titio, quod & ipse pridem illi iudicatus esset: cõpensatio admittetur. aliud est enim, diem obligationis non venisse: aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

Ad §. Cùm inter diem. 1.

RAT. DVB. Quod in diem debetur, licet iam verè debeatur etiam ciuiliter, quia tamen peti nõ potest, nec in compensationẽ venire potest. *l. quod in diem. 7. supr.* quia non tantum cessisse diem oporter, sed etiam venisse vt peti possit *l. cedere diem 213. de verb. sig.* qui autem compensat, petere intelligitur *l. amplius non peti. 15. infr. rat. rem. hab.* Atqui quod quis condemnatus ex iudicato præstare tenetur, peti non potest ante tempus quod condemnatis iudicando datum est, quod ex lege duodecim tabul. fuit duntaxat triginta dierũ, vt alibi diximus, hodie verò est quadrimestre. ex *l. vlt. C. de vsur. rei iud.* Ergo si condemnatus ad aliquam quantitatem conueniatur ab eo, cui tantundem debeat, priusquam elapsum sit iudicati tempus, non videtur locus esse debere compensationi.

DEC. Aliud est diem obligationis nondum venisse, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, vt eleganter hic Papinianus ait. Atqui tempus, quod iudicatis datur, tale est, vt non nisi humanitatis gratia ipsis indulgeatur, non autem vt eo minus debitores videri possint, cùm plusquàm debitores sint, qui iam sunt condemnati. *l. minor. 40. in princip. supr. de minor.* Nihil igitur obstat quo minus compensatio ijs obiici possit eius quantitatis, ad quam condemnati sunt, tanquam verè ab ipsis debitæ *l. 2. C. hoc tit. l. intra dies 7. infr. de re iudic.*

17. IDEM libro 2. Responsorum.

IDeo condemnatus, quòd arctiorem annonam ædilitatis tempore præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur. & ideo compẽsationẽ habebit.

Ad l. Ideo. 17.

RAT. DVB. Pecunia frumentaria debita, id est, ex causa frumenti pro republica empti nec præstiti à curatore annonæ frumentariæ, non compensatur *l. ob negotium 20. inf. hoc tit.* Ergo is qui cõdemnatus est in aliquã pecuniæ quantitatem ob id quod ædilitatis suæ tempore, id est cum ædilis esset, arctiorem annonam præbuerit populo quàm debuerit, compensationem habere non debet, tanquam qui pecuniæ frumentariæ debitor constitutus intelligatur.

DEC. Multum distat pecunia frumentaria ab ea quæ debetur ab Ædili condemnato ob præstitam frumentariam annonam arctiorem, pecunia enim frumentaria illa est quæ curatori rei frumentariæ datur ex ærario publico ad frumentum comparandum, ac proinde quæ publica est. Vnde fit, vt nec compensari possit. At pecunia quæ debetur ab ædili pœnæ nomine ex eo quod in præbenda frumentaria annona malè versatus sit, non est publica, sed priuata, & ex priuatis facultatibus ædilis eroganda. Nam vt benè Cuiacius docuit *lib. 2. obseruat. ca. 23.* fuit ea olim inter ædilem & curatorẽ rei frumentariæ differentia, quod curatori pecunia dabatur ex publico, ex qua annonã cõpararet. Quod si non faceret, eamq; pecuniã aut sibi retineret aut in vsus suos conuerteret, fur erat publicus, eoq; nomine grauiter puniendus. At ædili non pecunia dabatur, sed annona inter ciues viritim distribuẽda. In quo si peccasset, pœnam saltem pecuniariam merebatur: Cui tamen compensationem obiici sicut alij cuilibet priuatę pecunię nihil prohibebat. Rectè verò in Pãdectis Florentinis *Ædilitatis tempore*, non vt in libro Accursij *Edulitatis*, aut vt quidã ex recentioribus voluerunt, *adulitatis*, quos rectè Cuiacius refellit supradicto loco. Fuit sanè apud Romanos præcipua cura annonę, nequis eam fraudaret aut cariorem aut arctiorem redderet, vt cõstat ex *tot. tit. de l. Iulia de annon. & l. vix certis ex causis 53. supr. de iudic.* nempe quod maximè ad vtilitatem reipublicæ res ea pertineret.

18. IDEM libro 3. Responsorum.

IN rem suam procurator datus, post litis contestationem si vice mutua conueniatur, æquitate compensationis vtetur.

Ad l. In rem suam. 18.

RAT. DVB. Creditor compensare non cogitur quod alij debet, quam suo debitori, vt scriptũ est in *§. prox. huius leg. & in l. eius. 9. C. hoc tit.* Atqui quod debetur ei qui procuratorem constituit, alij debetur quàm ipsi procuratori: aliã enim esse personam necesse est procuratoris & mandatarij, aliã verò domini qui procuratorem constituit, cùm nemo sui ipsius procurator esse non possit, non magis quàm apud se ipsum aut pro se ipso fideiubere *l. heres à debitore 21. §. 1. & seq. infr. de fideiuss.* Ergo procurator quamuis in rem suam constitutus si à proprio creditore suo conueniatur, obijcere compensationem non potest eius quantitatis, quæ ipsi non nisi tanquam procuratori debeatur: Cum non ex sua, sed ex mandantis persona creditorẽ se dicat.

DEC. Quisquis procurator in rem suam constitutus est si litem contestatus sit, adeo dominus litis & rei quæ in litem deducta est, efficitur, vt à domino reuocari amplius non possit, nam nec mandatis morte mandatum eiusmodi finitur *l. illam 33. C. de donat.* Idemque est si talis procurator partem debiti ab eo acceperit, contra quem mandatæ sunt ei actiones, aut si debitori denunciauerit ne mandanti solueret, his enim casibus actiones directæ, quæ penes mandantem substiterant, licet in persona eius adhuc durent: inutiles tamen fiunt & inefficaces, ita vt nec si debitor mandanti ipsi solueret, liberari tamen posset, quasi facta solutione ei qui creditor esse desiisset, perinde ac si delegatio interueni[illegible] *l. si delegatio. 3. C. de nouat & delegat.* Quod extra hos casus diuersũ esset *l. si pater tuus. 3. C. mandat.* Ergo procurator in rẽ suã cõstitutus si post litis cõtestationẽ à proprio creditore cõueniatur, rectè

compensationem obiiciet: Adeò parum distat inter procuratorem in rem suam constitutum & dominum, *l. seruum quoque 33. §. vlt. & l. seq. supr. de procurat.* Quod si procurator non in rem suam, sed simpliciter constitutus sit, poterit quidem compensare, sed non quod sibi, at quod ei cuius procurator est, debeatur, *d. l. posteaquam 21. infr.*

1 ¶ Creditor compensare non cogitur, quod alij quàm debitori suo debet: quamuis creditor eius pro eo, qui conuenitur ob debitum proprium, velit compensare.

Ad §. 1. Creditor.

RAT. DVB. Potest quis inuito non tantùm creditore, sed etiam debitore pro alio soluere eúque liberare, *l. soluendo 39. supr. de neg. l. solutione 23. inf. de solut.* Atquin is qui compensat, soluit, siquidem compensatio vim solutionis obtinet, *l. posteaquam 21. inf. & l. si constat. 4. C. eod.* Ergo si Titius creditor Sempronij Mæuium conuenientis compensationem obiicere pro Mæuio, velit eius quantitatis quam ipsi Titio Sempronius debet, perinde audiendus est ac si pro Mæuio vellet Sempronio soluere.

DEC. Eius quod alij debetur quàm ei qui conuenitur, cōpensatio obiici nō potest *l. eius 9. l. hoc tit.* extra casum *l. si cum filiofam. 9. in princ. & §. 1. sup. hoc tit.* Est enim modus hic solutionis quodammodo fictitius, & ex summa æquitate inductus, vt quod vtrinque debetur, pro soluto inuicem habeatur & ipso iure, quod inter alias personas fieri non potest: quàm quæ sibi inuicem debent, non etiam inter earum creditores. Priùs enim est, vt quis debeat quā vt soluisse videri possit, quāuis hodie pro alio soluere si vellet non prohiberetur. Nemo autē dixerit creditorē debitoris mei meum esse debitorē, vel creditorē creditoris mei meum esse creditorem.

19. IDEM libro 11. Responsorum.

DEbitor, si pecuniam publicam seruo publico citra voluntatem eorum soluit, quibus debitum rectè solui potuit: obligatio pristina mānebit: sed dabitur ei compensatio peculij fini, qua seruus publicus habebit.

Ad l. Debitor. 19.

RAT. DVB. Quod seruo soluitur, perinde acquiritur domino ac si solutum ipsi esset. Ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. qui heredi. 44. in princip. infr. de condit. & dem. iuncta l. placet 79. de acquir. hered.* Atqui seruus publicus reipublicæ & ciuitatis seruus est *l. 2. infr. rempub. salu. for. l. vlt. supr. quod cuiusq. vniuers. nomi. l. vlt. C. de seru. reipub. manumit.* Ergo quod seruo publico solutum est, perinde haberi debet ac si ipsis administratoribus solutum esset, vt proinde nihil sit quærendum de compensatione ab hoc debitore facienda, quasi adhuc sit debitor qui seruo publico iam soluit.

DEC. Melior domini conditio fieri per seruum potest, sed deterior non potest, sicut nec patris per filium. *l. melior. 133. de reg. iur. l. 3. l. filius. 23. C. de pact.* Atqui seruus faceret deteriorem conditionem domini si accipiendo à debitore solutionem eum liberaret, quoniam facit liberatio, vt qui erat creditor, amittat debitorem, & per cōsequens eum alienet. *§. vlt. Inst. quib. alien. lic. vel non.* Ergo non eo minus debitor manet Reipublicæ qui seruo soluit, quàm is qui publico pecuniam publicā, citra voluntatem eorum quibus solui rectè potuit, cuiusmodi sunt syndici, & curatores seu administratores reipublicæ, de quibus in *d. tit. Quod cuiusque vniuers. nom. & in l. 2. infr. de administ. rer. ad ciuitat. pertinent.* Excipiendum tantùm est quod seruo soluitur ex causa peculiari, quia id ex voluntate domini solutum intelligitur *l. fugitiuus 19. infr. de solut. & tot. tit. supr. de pecul.* Ergo cùm huiusmodi solutione debitor nō liberetur, consequens est, vt cum Papinia. dicamus pristinam obligationem adhuc manere, sed cum hoc tamen, vt si quandoque conueniatur ab administratoribus reipublicæ, cōpēsationem obiicere possit eius pecuniæ, quam in peculio habebit eo tempore seruus publicus cui soluit, vt Papinianus hic subiicit. Nam & pro ea pecunia posset hic debitor agere de peculio contra ciuitatis curatorē actione de peculio tanquam factus creditor reipublicæ per solutionem seruo publico factam. Ex qua enim solutione liberatio nasci non potest, condictionem competere necesse est, *l. cum quis 38. §. 1. de solut.* extra casum, *l. Neratius 63. supr. de cond. indeb.* Idque est quod Bartol. ad hanc legem bene notat de eo quod peti potest actione de peculio, compensationem quoque obiici posse. Nihil enim refert domini ex qua causa conueniri possit, aut qua actione, dummodo in eo statu sit, vt conueniri possit saltem de peculio, vt ad finem vsque peculij compensatio ei obiici possit. Caue autem ne cum Accursio de quo hic agitur, publicum seruum de tabellione interpretere, vel de notario quolibet. Non enim Tabelliones, & notarij nostri serui sunt, sed liberi esse iubentur, *d. l. vlt. C. de seruo reipub.* Noli rursus cū eodem Accursio sic legere, *peculij serui in eo quod seruus publicus habebit*, (quæ nullius ferè sensus lectio est) sed vt in Pandectis Florent. *peculij fini quod seruus publicus habebit*, id est, vsque ad concurrentem peculij quantitatem.

20. IDEM libro 13. Responsorum.

OB negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.

Ad l. Ob negotium. 20.

RAT. DVB. Compensatio fit, quoties debitum & creditum ex vtraque parte, cùm satius vtrique sit & commodius non soluere quàm solutum repetere, *l. 1. 2. & 3. supr.* Atquin is qui ob negotium mandatum copiarum expeditionis tempore condemnatus est, constituitur tantum debitor Reipublicæ. Ergo non eo minus permittendum est, vt iure compēsationis pecuniam retineat si tantundem ei à republica debeatur, cùm è contrario supponendum sit esse illum reipublicæ debitorem vt aduersus rempublicam compensatione vti possit.

DEC.

Dec. Aliquando impeditur compensatio propter repugnantiam ex parte rei, quędam enim sunt, quę deberi & solui possunt, & tamen cõpensari non possũt, in quo numero est pecunia publica, ex causa frumentariæ, aut militaris annonæ debita, hæc enim non compensatur, vt Papinianus hic scribit, & nos diximus ad *l. ideo 17. supr.* fauore scilicet nõ tam reipublicæ quàm annonæ; quæ vna maximè est ex iis rebus quarum cura ad salutem reipublicæ pertinet, alioqui nunquã debitor publicæ pecuniæ compensatione vteretur, quod lex proximè præcedens falsum esse ostendit, extra casus quos ponit Imperator *in l. in ea. 3. C. hoc tit. iuncta l. aufertur 46. qui compensationẽ inf. de iur. fisc.* Nec necesse est, vt cum Accursio dicamus in specie huius legis debitorem reipublicę pecuniam publicam in suos vsus cõuertisse, vt hanc legem conciliemus cum *d. l. ideò.* Expeditius enim est & verius vt dicamus legem hanc esse de pecunia frumentaria, illam verò de pecunia priuata, nec frumẽtaria nec publica. Videtur tamẽ mala ratio Papiniani, cum vt probet pecuniam frumentariam non cõpensari, rationis tamen loco hoc tantum affert, *quoniam ea non compensatur.* Est enim hæc petitio principij, cùm hoc ipsum in quęstione sit positum, cur nõ compensetur, sed ita explicari hæc ratio debet, ac si scriptum esset, quoniam ea pecunia compensabilis non est, quomodo in *l. hæredes 25. § an ea stipulatio supr. famil. ercisc.* Paulus scribit stipulationẽ viã per legem duodecim tabul. non diuidi, quia nec diuidi potest. Et Marcianus in *l. in quartã 91 infr. ad l. falcid.* negãs imputari in quartã falcidiã eas res quas iure legati vel fideicommissi vel implendæ conditionis causa hæres accipit, rationem illã reddit, *Nam hæc in quartã non imputantur.* Quod nos latiùs *lib. 6. coniecturarũ* explicauimus. Hinc verò capta occasione Accursius noster omnes fere casus cõgerit, in quibus compẽsationi locus non est. Et primum quidem sumit ex hac lege, nec malè, sed quod addit, ratione odij, hoc verò malè: fauor enim debiti hoc facit, non odium debitoris. Illud sane fit ratione odij, vt qui alienam possessionem per vim occupauit, compensatione vti non possit. *l. vlt. in fi. C. hoc tit.* Sicut è contrario fauore debiti fit vt in actione depositi compensationi locus non sit *d. l. vlt. & l. penult. C. de posit. § in bonæ fidei. Inst. de action.* Planè debitum certum esse necesse est & liquidum, aut saltem de proximo liquidãdum vt compensari possit *d. l. vlt. & l. 3. infr. de tutel. & ration. distrah.* Sed & pecuniã ex vtraq; parte deberi necesse est, vt compensatio locum habeat. Speciei enim ad speciem aut speciei ad quantitatem compẽsatio fieri non potest *l. si conuenerit. 18. in princip. supr. de pig. act. l. si non sortem 26. § si centum de cond. indeb. l. si creditor 37. § 1 de pecul. l. quod dicitur 5. inf. de impens. in reb. dotal. fact.* Nec repugnat quod Iustinianus constituit in *d. l. vlt. C. hoc tit.* vt etiam actionibus in rem compensatio obiici possit. Id enim tunc obtinet, cùm in actionibus in rem ad æstimationem peruenitur, vt benè Accursius explicat. Id verò contingit semper quamuis non statim, quia semper lis æstimanda est, & æstimatio in condemnationem deducenda tum quoque cũ triticaria condictione agitur. *l. 2. & vlt. sup. de cõdict. trit.* Sanè si quid hinc inde petatur quod cõsistat in iure & genere, verius est quod Accursio placet, compensationem admittẽdam esse, vt ille probat *l. 1. § si cùm supr. si pars hered. pet. l. qui non militabat 78 in princip. de hered. inst. l. vnum ex familia 67. § sed si vno de leg. 2. l. deducta 58. § acceptis vers. cùm autem ad S. C. Trebell.*

21. Pavlvs libro 1. Quæstionum.

POsteaquam placuit inter omnes, id, quod inuicem debetur, ipso iure compensari: [a] si procurator absentis conueniatur, non debebit de rato cauere: quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Ad l. Posteaquam. 21.

Rat. dvb. Compensatio vim solutionis obtinet *l. si constat 4. C. hoc tit.* Atqui solutio est facti *l. cõsilio 7. § vlt. infr. de curat. fur. l. 1. C. de probat.* Ergo ipso iure fieri nõ potest, quoniã quę sunt facti iuris, potestati non subiiciuntur *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior l. in bello 12. § facti autem infr. de captiu. & postlim. l. qui heredi 44. de cond. & demonst. l. quod dicitur 130. de verb. obl.*

Dec. Solutio quidem facti est, sed liberatio quæ ex solutione nascitur, tota iuris est, ex iure enim pendent modi omnes inducendæ & tollendæ obligationis. *l. obligationum ferè 44. § placet infr. de oblig. & act.* De quibus apud Iustinianũ in *tit. quib. mod. toll. oblig.* Atqui compensatio non tam solutio est, quàm modus habendi pro soluto, id quod reuera & de facto solutum non est. *d. l. si constat.* Nihil ergo nisi effectum ipsum solutionis continet id est liberationem. Quæ proinde cùm sit iuris, vt diximus, tam facilè fieri potest ipso iure ex vtraque parte, quàm ex altera tantum.

a *Si procurator absentis conueniatur* Rat. dvb. Absentis procurator quoties conuenitur & absentem defendit, non tantum debet satisdare iudicatũ solui, sed etiam de rato cauere, cùm fieri possit, vt dominus reuersus ratum habere nolit quod procurator dixerit aut fecerit *l. Pomponius 40. § 1. & seq. supr. de procurat.* Atqui procurator absentis cùm obiicit compensationẽ, id facit quod dominus fortasse ratum habiturus non sit. Quid enim, si aliqua de causa malit dominus soluere ac postea petere quàm compensare? Ergo de rato cauere debet per stipulationem illam prætoriam de qua in *tit. rat. rem haber.*

Dec. Qui obiicit compensationem, nihil aliud facit, quàm vt tanto minus ab eo peti videatur, cũ compensatio fiat ipso iure, vt proximè diximus, & in *l. verum est 4. supr. hoc tit.* Porro is à quo minus petitur, nihil facit propter quod cauere debeat de rato, factũ enim aliquod præcedere necesse est, quod ratũ haberi possit vel improbari. Proinde qui obiicit compensationem, non tam videtur compensare quàm hoc dicere, compensationem iam ipso iure factam esse. Ius enim est quod compensat, homo verò ille qui compensatione vtitur & eam obiicit, verum enim est quod sæpius supra diximus, compensationem, licet fiat ipso iure, obiiciendam tamen esse ab homine *l. quod Labeo 53. supr. hoc tit.* At non quasi faciendam, sed quasi iam à iure factam, quod longè diuersum est. Quemadmodum dicimus, multum referre, an hæreditas vni delata transmittatur ad liberos tanquam acquirenda, an tanquam acquisita. De quo nostri disputant ad *l. vnic. Cod. de his qui ante apert. tab. & ad l. si infanti 18. C. de iur. delib.* Bene autem Paulus

hîc monet inter omnes placuisse, vt compensatio fiat ipso iure, id est, vt intelligamus ius illud tam certum fuisse, vt de eo nullus prudentum vnquam dubitauerit. Quod enim verba illa, *Inter omnes* quidam sic interpretantur apud Accurs. ac si scriptum esset, *inter omnes contrahentes*, ridiculum est: de prudentibus enim & iuris conditoribus loquitur, non de contrahentibus, quod tandem nec Accursius ipse diffitetur.

22. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

SI debeas decem, aut hominem, vtrum aduersarius volet: ita compensatio huius debiti admittitur, si aduersarius palàm dixisset, vtrum voluisset.

Ad l. Si debeas. 22.

RAT. DVB. In obligatione alternatiua vtraque res continetur, quantum ad obligationem pertinet, licet nō quantum ad solutionem, *l. si duo 128. in fin. de verb. ob.* Atqui compensatio nihil aliud est quam debiti & crediti inter se contributio *l. 1. supr.* Ergo si debeas decem aut hominem, vtrum creditor volet, nihil vetat admitti compēsationem priùs etiam quàm creditor dixerit vtrum velit.

DEC. Compensatio nihil nisi mutua debiti solutio est, *l. si constat 4. Cod. hoc tit.* Ergo nihil compēsati potest nisi quod solui iam potest. Atqui cùm quis decem, aut hominem promisit, vtrum aduersarius, id est, creditor velit, non potest scire debitor vtrum possit soluere, priusquam creditor elegerit, cùm expressa conuentione electionem creditor sibi reseruauerit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. inf. de solut.* quæ alioquin esset debitoris, *l. plerunque 10. in fin. infr. de iur. dot. ex regula in alternatiuis. de reg. iur. in 6.* Ergo priusquā compēsatio fieri possit, necesse est expectari electionem creditoris. Noli tamen hanc legem cum Accursio & Bartolo sic intelligere, vt si debeas decem vel hominem, vtrum aduersarius voluerit, non aliter compensatio obiici possit, quàm si aduersarius eligat quantitatem, quasi speciei ad quantitatem non possit fieri compensatio. Nam præter id quod in hac lege nihil tale scriptum est, obseruare debuerunt etiam, cùm certus homo aut alia species debetur: nunquam tamen fieri condemnationem speciei, sed quantitatis, quia semper lis æstimāda est, quanti res debita fuerit tempore litis contestatæ, si iudicio stricto petatur, putà condictione certi ex stipulatione, *l. hominem 37 infr. mandat. iuncta l. si quis certum 24. supr. de reb. credit. l. vinum. 22. eod. l. vlt. supr. de condict. tritic.* Aut vero tempore pluris res fuerit, vel moræ vel rei iudicandæ, *l. 3. §. in hac. supr. commod. l. 3. §. si per emptorem de action. empt.* Excepta tantum condictione triticaria, in qua sola singulari iure spectatur tempus condemnationis, *l. pénult,* vbi rationem attulimus, *supr. de condict. tritic.* Nihil ergo interest, vtrum speciem an quantitatem eligat creditor, cùm facta electione hominis compensatio tamen fiat æstimationis, quæ semper in quantitate consistit. Accursium & Bartol. fefellit, quod putarunt ideo in hac lege requiri, vt præcedat electio creditoris, quasi vno casu compensationis locus esse possit, non etiam altero, cùm tamen ad id potiùs Iurisconsultus respiciat, quod vno casu maioris aut minoris quantitatis compensatio futura sit, quàm altero, quantitas enim æstimationem non recipit *l. si ita 42. de fideiuss. Species*, autem recipit nunc maiorem, nunc minorem.

23. PAVLVS libro 9. Responsorum.

ID, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat: non posse compensationem obiici eius pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine aduersario debet.

Ad l. Id quod pupillorum. 23.

RAT. DVB. Tutor cùm petit tanquam tutor quod pupillo debetur, perinde habendus est, ac si dominus esset eius actionis quam exercet. Est enim loco domini, quoties tutelam gerit ex bona fide, nec pupillum spoliat, *l. quidam. 7. §. si tutor. infr. pro emptor. l. is qui in puteum. 11. §. an ignoscitur. 7. infr. quod vi aut clam.* Ergo tutori agenti etiam tutorio nómine poterit obiici compensatio eius quantitatis, quam ipse proprio nomine debeat ei qui conuenitur, neque verò pupilli quicquam interesse videtur, cùm quātum per compensationem tutori factam amiserit, tantum ab eo vicissim tutelæ actione sit repetiturus, vt fieri solet quoties tutor rationibus suis intulit, quod ex re vel pecunia pupilli consecutus probatur. DEC. Eius quod alij debetur quàm ei qui agit vel conuenitur, compensatio obiici non potest *l. eius 9. C. hoc tit. l. in rem 18. §. 1 supr. eod.* Atqui quod tutor pupillorum nomine petit & tanquam tutor, non tam ipse petere videtur, quàm pupilli, quorum nomine petit, & quorum personam repræsentat, sicut enim reuera alia est persona pupilli, alia tutoris, ita & alia tutoris persona esse intelligitur, quatenus tutor est, alia verò tutoris, simpliciter accepti, & generaliter in omnibus causis multum refert, an quis faciat aliquid tanquam talis, an tanquam quilibet, *l. si paterfamilias, 15. §. qui duos supr. de adopt.* Ergo ei quod pupillorum nomine debetur tutori tanquam tutori, non potest obiici compensatio eius quantitatis quam ipse tutor suo nomine eidem debitori debeat. Et verò interest pupilli ita ius constitui, Ne si ex persona tutoris sui compensationem pati cogatur, facilè in damnum incidat, & interim debiti sui si non iacturam, saltem moram patiatur, eo fortasis tempore, quo ipsius quàm maximè intersit pecuniam solui, quæ in eius vtilitatem conuertatur: Nec quod à tutore pupillus id postea tutelæ actione sit repetiturus, faciliùs eum obligare potest vt compensationem patiatur, vel ea ipsa ratione quæ compensationem induxit, quod scilicet ipsius intersit non soluere per compensationem potiùs quàm solutum repetere, *l. 3. supr. hoc tit.* Itemque quod nemo ideo obligandus sit, quia recepturus sit ab alio quod ipse præstiterit, *l. nemo ideo 171. de reg. iur.*

24. IDEM libro 3. Decretorum.

IVssit Imperator audiri adprobantem, sibi à fisco deberi, quod & ipse conueniatur.

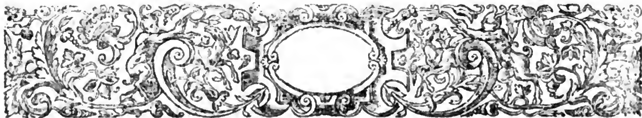
Ad l. Vlt.

24. IDEM libro 3. Decretorum.

IVssit Imperator audiri adprobantem, sibi à fisco deberi, quod & ipse conueniatur.

Ad l. vlt. Iussit.

RAT. DVB. & DEC. Eadem est quæ ad *l. Idem iuris est 12. supr. hoc tit.* Eadem enim vtriusque loci sententia est perinde compensationem obijci posse contra fiscum atque contra priuatum, neq; priuilegium fisci hac in re vllum esse.



DEPOSITI VEL CONTRA.

Ad TIT. III.

1. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

DEPOSITVM est, quod custodiendum alicui datum est, ᵃ dictum ex eo, quòd ponitur. præpositio enim *de* auget positum: vt ostendat totum fidei eius esse commissum, quod ad custodiam rei pertinet.

Ad l. Depositum. 1.

RAT. DVB. Dare nihil aliud est quàm dominium transferre, *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. ob. l. non videntur data. 167. de reg. iur.* Atqui rei depositæ dominium non transfertur in depositarium, adeóque nec possessio *l. licet 17. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo depositum non est quod datur, sed quod traditur. Est enim hic contractus ex eorum genere qui re & traditione perficiuntur, *l. 1. §. is quoque, infr. de oblig. & act. §. præterea. Inst. quibus mod. re contrah. ob.*

DEC. Non definitur hic depositum quod simpliciter datur, sed quod custodiendum datur. Quæ adiectio ostendit per depositum nec proprietatem nec possessionem rei depositæ, sed solam custodiam transferri in depositarium.

a *Dictum ex eo quod ponitur.* RAT. DVB. Ponere hîc nihil nisi tradere est, cùm tradere sit possessionem transferre, *l. 3. in princip. infr. de act. empt.* Possessio autem dicta sit à pedum positione, *l. 1. infr. de acquir. possess.* Atqui etiam res commodata traditur, & quæ pignori data est. Nam & hi contractus re similiter & traditione perficiuntur. Ergo nō potuit depositum dici & duci à verbo *ponitur*.

DEC. In nomine depositi, non tantum inspicimus verbum (ponitur) sed cum præpositione *de* quæ augere solet significationem, quomodo auget in proposito, totum fidei eius commissum esse apud quem res deponitur, quod pertinet ad custodiam, quasi qui dicit se deponere, hoc ipso abdicit à se custodiam rei, vt eam in alium transferat, quomodo Azo dicebat. Nam & ad eundem modum dicimus deponere, quem penes alium curam rei alicuius, id est, eam curam abiicere & in alium reiicere. Nec rursus ab Etymologia in iure tam strictè argumentandum est, quasi totam rei substantiam & naturam exprimat, valet enim negatiuè tantum non affirmatiuè, vt quod positum non est penes alium nec traditum, dici depositum non possit. At non etiam è contrario depositum dici possit, quicquid positum & traditum, nisi illud etiam adiectum sit, vt datum vel positum sit custodiendum.

1 ¶ Prætor ait: *Quod neque tumultus, neque incendij, neque ruinæ, neque naufragij causa depositum sit: in simplum: earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt: in ipsum in duplum: in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit in simplum: quod ipsius, in duplum iudicium dabo.*

Ad §. 1. Prætor ait.

Proponuntur in hoc §. verba Edicti quibus prætor actionem depositi pollicetur directam contra depositarium. Eámque regulariter in simplum, in duplum verò quatuor casibus. Hi sunt, si tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa depositum factum sit. Quanam verò ratione, prætor has quatuor causas à cæteris separauerit, exponet statim Vlpianus in §. seq. Interim notandum est ex hoc §. actionem depositi tum quoque cùm in simplum datur, non esse ciuilem, vt malè putat Accursius, & post eum cæteri omnes, sed prætoriam, cùm prætor verbis huius edicti, non minùs eam daturum se polliceatur, quàm actionem in duplum quatuor illis casibus, quos iam enumerauimus, quam actionem in duplum, nec Accursius ipse diffitetur esse prætoriam, neque ad rem pertinet quod in contrahendo deposito negotium quoddam geritur, cùm res deposita tradatur ea lege vt petenti restituatur, cui pactioni inest συνάλλαγμα, Ex quo proinde nascitur ciuilis actio *l. Iurisgentium. 7. §. 1 supr. de pact. l. Labeo 19. vers. contractum de verb. sig.* vbi obseruandum est afferri exempla de emptione & venditione, locatione & conductione. Itemque de societate qui

sunt contractus vltro citróque obligatarij, æquè principaliter, non item de deposito vel commodato, ideo fortasse quod licet ex iis quoq; contractibus nasci possit ciuilis actio in factum, aut quod idem est præscriptis verbis, si depositarius, vel commodatarius nolit rem reddere, non tamen duæ actiones ex eo negotio nasci possunt, vna directa, altera contraria, ideóque necesse fuit à prætore eas introduci, præsertim contrarias, quas nemo vnquam dixit esse ciuiles. Quod à nobis iam probatum est ad *l. 1. supr. commod. ex l. si gratuitam 17. in princip. infr. de præscript. verb. l. 2. §. 1. infrà de precar. l. Senatus. 3. 5. §. Ergo qui mortis infr. de mort. caus. donat.* hincq; peti potest ratio dubitādi ad hunc § frustra enim actio prætoria inducitur vbi competit ciuilis *l. 1. supr. de public. in rem act.* Sed decidendi ratio ex eo sumenda est, quod necessarium prætori visum sit, actiones istas depositi commodati, & si quæ sunt similes specialiori nomine donatas introducere primum, vt essent bonæ fidei non stricti iuris, vt actiones præscriptis verbis. Atque ita pleniores haberent præstationes ex bono & æquo propter illa verba *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei addi solebant. Deinde propter actiones contrarias, quas non tam meri iuris quàm æquitatis & bonæ fidei ratio sola induxit. Nam & quamuis actio tutelæ sit ciuilis, & ex lege 12. tabularum, contraria tamen tutelæ actio est ex iure prætorio *l. 1. in princip. infr. de contr. tut. & vtil. actio*, neque verò actio vlla stricti iuris est quæ vllam habeat, & admittat contrariam, sicut nec actio vlla stricta est, quæ infamiam irroget cōdemnato, nec si ex famosis causis pendeant *l. cessat 36. de ob. & act.* Denique cum in his verbis edicti semel tantum scripta sint verba illa *Iudicium dabo*, quæ non minus ad actionem depositi in simplum dandam, quam ad eam quæ in duplum referuntur, necessario consequens est, vt perinde probent vtrāque actionē esse prætoriam ex vulgati regula, vel potius brocardico, paris & vniformis determinationis, de qua in vulg. *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill.*

2 ¶ Meritò has causas deponendi separauit prætor, quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem.

Ad §. 2. Merito.

RAT. DUB. Omne depositum fidei eius commissum intelligitur, cui custodiendum traditur, siue eam depositi definitionem sequamur, quam Vlpian. in princip. huius legis posuit, siue eam potius quam Iacobus Cuiac. tradidit in *paratitl. ad hunc titul.* vbi ait depositum esse conuentionē gratis custodiendæ rei quæ traditur sub fide restituendi. Ergo in omni iudicio depositi directo agitur de fide rupta, siue fortuita sit causa depositionis ex necessitate descendens, siue ex voluntate proficiscens. *l. ei apud quem in princip. hoc tit.* Ergo perinde debuit prætor ex omni causa dare actionem depositi vel in simplum duntaxat vel in duplum tantum nulla distinctione facta depositi voluntarij & necessarij, sicut & omni casu perinde notatur infamia quisquis ex causa depositi condemnatus est, iudicio directo, non contrario *l. 1 supr. de his qui not. infam.*

DEC. Multum refert, an depositum fiat ex voluntate deponentis qui fidem & personam depositarij elegit: An verò extante necessitate cogatur dominus res suas penes obuiū quemq; deponere, priore casu contentus esse debet simplo, cuius præstatione satis fit ipsius indemnitati. Posteriore verò casu crescit perfidiæ crimen, & publica vtilitas seueriorem coercitionem exigit vindicandæ Reipublicæ causa, vt eleganter scriptum est in §. *hac autē. 4. inf.* ex eo enim quod quis necessitate coactus facit, nunquam sumi potest coniectura voluntatis, quasi vltrò fecerit, quod verisimile est facturum eam non fuisse, si necessitas eum non coegisset. Itaq; quod solemus imputare domino qui elegit depositariū quod negligenti amico, fortasse etiam perfido rem suam custodiendam cōmiserit *l. 1. §. is quoque. infr. de ob. & act. §. Præterea. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Non similiter possit imputare illi qui ex necessitate tumultus vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa rem suam deponere cogitur, quia hic non tam contrahit cum depositario quā in eum incidit, vt Papinian. loquitur in *l. vlt. rem pupill. salu. for.*

3 ¶ Eum tamen deponere tumultus, vel incendij, vel cæterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet, quàm imminens ex causis supra scriptis periculum.

Ad §. 3. Eum tamen.

RAT. DUB. fieri potest, vt is qui tumultus vel incendij vel ruinæ, vel naufragij gratia deposuit, habuerit prius consilium deponendi, puta Romam crastina die profecturus, & tamen non fuerit forte depositurus, nisi aliqua ex supradictis causis emersisset. Atqui cùm id contingit, duæ quodammodo sunt causæ deponendi. Prima peregrinatio, altera tumultus, vel incendium, aut alia ex reliquis duabus. Ergo verum non est quod in hoc §. dicitur tunc locum esse parti 2. huius edicti, nisi cùm nulla alia est causa deponendi quàm vna ex quatuor exceptis, nec enim causa vna deponendi tollit alteram, nec aliud requirunt verba Edicti, nisi vt tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinæ causa depositum factum sit. DEC. Nihil est quod faciat fauorabilius depositum, quod contractum est ex aliqua istarum causarum, quàm quòd fiat ex necessitate, non ex electione, vt scriptum est in §. *prox. supr. & §. prox. infr.* Ergo si iam electus erat depositarius antequam tumultus, vel incendium, vel ruina, vel naufragium superueniret, nullo fauore extraordinario vel speciali dignum est depositum, cùm voluntas non necessitas electioni causā dederit.

4 ¶ Hæc autē separatio causarum, iustam rationē habet. quippe cùm quis fidem elegit, nec depositū redditur, contentus esse debet simplo: cùm verò, extāte ne-

te necessitate, deponat: crescit perfidiæ crimen: & publica vtilitas coercēda est, vindicandæ reipublicæ causa: est enim inutile, in causis huiusmodi fidē frāgere.

Ad §. 4. *Hæc autem.*

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. *merito. supr.* Est enim vtriusq; §. idem sensus, nisi quòd in illo dictum, hic ratio dicti potius continetur. Est tamen difficile explicare quid sibi velit Vlpianus illis verbis, *Et publica vtilitas coercenda est.* Cùm adiuuanda sit potiùs & amplianda quàm restringenda & coercenda *l. hoc modo. 64. Infr. de cond. & demonst.* Quam ob causam vulgata lectio rectior videtur, quæ habet, *Et publica vtilitate coercendum est* vt ad crimē perfidiæ verba illa referantur, nisi malis, pro, *vtilitas,* legere *inutilitas,* non solùm quia nomen inutilitatis non fuit veteribus latinitatis autoribus incognitum, vt notat Cuiac. *ad l. 2. C. de fid. & iur. hastæ fiscal.* Et in notatis Mercatoris contra Robertum, sed etiam quia statim sequitur in hoc §. *est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere.* Quo verbo *Inutile* significatur id quod est iniquum, vt quemadmodum vtilitatem pro æquitate, & æquitatem pro vtilitate prudentes solent dicere, quia scilicet nō æstimant æquitatem nisi ex vtilitate & salute publica, ita vti e dicant quod æquum est, & vicissim inutile quod iniquum: Ergo & vtilitatem pro æquitate, & inutilitatem pro iniquitate: etsi enim semper graue est fidem frangere & fallere. *l. 1. supr. de pecun. const. l. 1. supr. de pact.* grauius tamen & longe intolerabilius est in huiusmodi causis, in quibus & maior contrahēdi necessitas est, & neque locus, neq; tempus plenius admittit deliberandi principium, vt eleganter scriptū est in *l. 1. supr. de exerc. act. Iuncta l. cùm postulassem. 44. §. 1. in fi. infr. de dam. infe.*

5. ¶ Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, vtputa si homo vestitus deponatur: vestis enim non est deposita, nec si equus cum capistro: nam solus equus depositus est.

Ad. § 5. *Quæ depositis.*

RAT. DVB. Accessorium sequitur suum principale. Et quicquid accessionis vice cedit, ad eum pertinet, ad quem & quod principale est *l. cùm aurum. 19. §. perueniamus & l. seq. l. si quando. 29. de aur. & arg. leg. §. si tamen 26. Inst. se rei diuis.* Vnde est, vt is cui commodata est equa, quam pullus comitabatur, etiam pulli custodiam præstare debeat. *l. sub certo. 5. §. vsque adeo. supr. commod.* Ergo etiam quæ depositis rebus accedunt, pro depositis haberi debent, vt putà si homo vestitus deponatur, vel equus cum capistro. Quid enim refert an homo deponatur & vestis, an homo cum veste, aut vestitus? *arg. l. illi cum illo 40. Infr. de vsufr. leg.*

DEC. Multum interest, an quid sit depositum, an deposito tantum accedat quicquid depositum est, actione depositi peti potest & debet, non etiā quod deposito accessit, si ipsum quoque depositum non sit. Nec enim actio depositi cōpetere potest nisi pro eo ipso quod depositum est, cùm re cōtrahatur sicut mutuum, de quo in *l. si tibi 7 supr. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi sup. de reb. cred. l. cùm vltrà , C. de non num. pec.* Atqui cùm deponitur homo vestitus verba depositi ostendunt solum hominem depositum non vestem, longéque aliud est deponi hominem & vestē, aut hominem cum veste, & deponi hominem vestitum. Item aliud deponi equū & capistrum, aut cum capistro quod effectu idem est, *d. l. illi* aut deponi equum capistratum priore casu non tantum homo deponitur, sed etiam vestis, non tantum equus, sed etiam capistrum, posteriore vero non item. Atque ita locus hic conciliandus est cum *d. l. si vt certo 5. §. si me rogaueris supr. Commod.* Nec tamen consequens est, vt qui hominem vestitum accepit, depositum possit reddere nudum, aut, qui equum capistratum, possit reddere sine capistro: cùm præstare custodiam debeat earum quoque rerum quæ deposito accesserūt licet non fuerint ipsæ depositæ *d. §. vsque adeò.* Alioqui etiam pro his rebus restituendis teneretur actione depositi, non quidem vt ea actione peti res illæ possint, cùm non fuerint depositæ, vt diximus, sed quia nec ipsæ res depositæ reddi viderentur, cum non credatur reddi id quod deterius redditur *§. si res deposita 16. Iuncto §. si cista infr. hac l. 3. §. si reddita supr commod.*

6 ¶ Si conuenit, vt in deposito & culpa præstetur: rata est conuentio. contractus enim legem ex conuentione accipiunt.

Ad §. 6. *Si Conuenit.*

RAT. DVB. Pacta quæ fiunt contra leges, rata non debent haberi à Prætore *l. Iurisgentium 7. § ait Prætor sup. de pact. l. pacta quæ cōtra 6. C. eod. l. cùm sponsus 12. § si res sup. de public. in rē act. l. nec non 28. §. quoad eius ex quib. caus. maior l. vlt. infr. de suis & legit. l. inter debitorem 42. Iuncta l. ius publicum supr. de pact.* Nec iuris autoritas in potestate contrahentium esse debet, quæ nec in arbitrio est magistratuum *l. 1. §. 1. infr. ad S. C. Turpil. l. ordine 15. ad municipal.* Atqui & ratione & autoritate iuris depositarius nō tenetur de culpa leui, multò minus de leuissima, sed tantum de lata, quæ tam propè ad dolum accedit, vt dolus esse existimetur *l. Quod Nerua 32. inf. hoc tit.* quia scilicet depositum fit gratia solius deponentis, non etiam depositarij *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. inf. commod. l. si seruus communis 61. §. Quod verò infr. de furt.* Ergo contra legē & contra ius erit pactum, si conueniat vt depositarius etiam de culpa teneatur.

DEC. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt, vt scriptū est in hoc §. & in *l. cōtractus 23. de reg. iur. l. in cōuētionalib. 52 de verb. ob.* vbi hæc differētia ponitur inter stipulationes conuentionales & prætorias. Ergo nihil obstat quo minus rata debeat esse cōuētio, si conuenerit vt in deposito etiā culpa præstetur *l. 1. C. hoc tit.* Neque tam videri debet pactum hoc esse contra leges, aut contra ius quàm præter leges, & præter ius quod longè diuersum est, *d. §. quoad eius.* Aliud enim est prohibere, aliud non iubere, & rursum aliud permittere, aliud non prohibere. Et in genere permissorum, ex quo sunt contractus omnes liciti & permissi, regula generalis est censeri omnia permissa quæ non sunt prohibita, *l. mutus. 43. § 1. supr. de procurat. & Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Atque prohibitum iure non est ne conueniat, vt in proposito etiam culpa præstetur. Ergo permissum id videri debet. *§. sæpe euenit. 35. infr. hac l.* Sic dicimus etiam in contractibus, in qui-

bus culpa præſtanda eſt valere conuentionem, vt non præſtetur, *d.l.ſi vt certo.§.Interdum 10.commod.l.ſi ſeruus ſeruum 17.§.ſi calicem.29.ſupr.ad l.Aquil.l.nec ex pretorio.27.in fin.de reg.iur.*

7 ¶ Illud non probabis, dolum non eſſe præſtandum, ſi conuenerit. nam hæc conuentio contra bonam fidem, contraque bonos mores eſt: & ideo nec ſequenda eſt.

Ad §.7.Illud non probabis.

RAT. DVB. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt ſuperiore §.ſcriptum eſt, & in *l. contractus 23.l.nec ex pratorio.27.de reg.iur.l.in conuentionalibus.52.de verb.obl.* Ergo ſi conuenerit ne dolus præſtetur; rata conuentio haberi debet, præſertim cùm ſit pactum liberatorium, quod proinde fauorabilius eſt, *l.Arrianus 41.infr.de obl.& act.*

DEC. Pacta quæ contra leges ſunt vel contra bonos mores, rata haberi à Prætore non debent, *l. Iuriſgentium.7.§.ait Prætor.de pact.l.ſtipulatio hoc modo concepta.61 de verb.obl.l.ex eo.5.C.de Inutil.ſtipul.* Quæ enim ſunt contra bonos mores, pugnant cum publica vtilitate, cuius in toto iure noſtro præcipua ſemper ratio habetur, quia primum iuris præceptum eſt honeſtè viuere, *l.Iuſtitia.10.§.1.de Iuſt & iur.l.non omne quod licet 144.de reg.iur.* Neque verò fieri poſſe abſolutè creduntur quæ honeſtè fieri non poſſunt & verecundiam lædunt, ſed pro impoſſibilibus habentur, *l.filius.15.cum lege precedenti.inf.de condit.inst.* Atqui contra bonos mores eſt & contra publicam honeſtatem pactio illa ne dolus futurus præſtetur, quia ſcilicet inuitat ad delinquendum, vt ſcriptũ eſt in hoc.§. Ergo nõ poteſt rata haberi conuentio, ne quidem à Prætore, *l.ſi vnus 27.§ illud nulla.infr. de pact.l.in commodato.17.in princip.commod.* Proinde nec in contractu depoſiti permittẽda eſt, ſi per expreſſam conuentionem fiat. Nam ſi cõuenerit cum depoſitario ne depoſiti agatur, valebit pactio, quãuis vi ipſa, id eſt in effectu perinde ſit ac ſi conueniſſet, ne de dolo ageretur, cùm depoſitarius non niſi de dolo teneatur, *d.§.illud nulla*, nimirum expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, vt habet iuris regula *l.expreſſa 195.de reg.iur.l.ſi ita legatũ 65.§.1.de leg.1.l.nõnunquã 52.de condit.& demõſt.* vt diximus ad *d.§.illud nulla.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia valet conuentio ne de dolo præterito agatur, cùm nõ ſicut illa quę de dolo futuro inuitet ad delinquendum, quamuis verum ſit nunquam manere debere impunitum, ne tum quidem cùm illi ipſi nocet qui eum admiſerit *l.procurator.11.§.1.infr.de dol.mal except.*

8 ¶ Si veſtimenta ſeruanda balneatori data perierint: ſi quidem nullam mercedem ſeruandorum veſtimentorum accepit, depoſiti eum teneri, & dolum dumtaxat præſtare debere puto: quod ſi accepit, ex conducto.

Ad §.8.Si veſtimenta.

RAT.DVB. Etiam nauta, caupo, & ſtabularius tenentur de cuſtodia, quamuis nullam pro cuſtodia mercedem accipiant, *l.nauta 5.ſupr.naut.caupo.ſtab.* Ergo non eſt bona ratio, qua mouetur Vlpian. in hac lege, cùm ait, balneatorem depoſitarium veſtimentorum, quia nullam eorum ſeruandorum cauſa mercedem acceperit, de cuſtodia eorum non teneri, ſed tantum de dolo.

DEC. Depoſitum gratuitum eſſe debet: ſicut & mutuum & mandatum, cùm perinde ex officio & amicitia originem trahant, *l.1.§.vlt.inf tit.prox.* Ergo ſi mercedem pro cuſtodia depoſitarius acceperit, iam non depoſitarius, ſed locator eſt, quãdoquidem hoc caſu depoſitum degenerat in locationem, & conſequenter tenetur depoſitarius præſtare etiã culpã, non quaſi depoſitarius, ſed quaſi locator operæ ſuæ, *d.l.1.§.vltim.infr.tit.prox.& §.vlt.Inſt.de mandat.* Nam nec alia de cauſa nautæ, caupones, ſtabularij tenentur præſtare rei cuſtodiam, quàm quia mercedem aliquam accipiant, licet non cuſtodiæ gratia, parum enim refert, vt qui eam accipit, de cuſtodia teneatur. Quòd ſi nulla merces depoſitario detur ſeruandorum veſtimentorum cauſa, tunc quia verè depoſitarius eſt, nihil niſi dolum præſtare debet, quia ſolius deponentis non depoſitarij gratia fit depoſitum, *l.ſi vt certo 5.§.nunc videndum 1.ſupr.commod.* Adeo vt etiam circa dolum remiſſius facienda ſit interpretatio, vt Africanus loquitur in *l.ſi ſeruus communis.§.quod verò.infr.de furt.* id eſt, in fauorem depoſitarij quantum fieri poteſt.

9 ¶ Si quis ſeruum cuſtodiendum coniecerit forte in piſtrinum, ſi quidem merces interuenit cuſtodiæ: puto eſſe actionem aduerſus piſtrinarium ex conducto. ſi verò mercedem accipiebam ego pro hoc ſeruo, quem in piſtrinum recipiebat: ex locato me agere poſſe. quod ſi operæ eius ſerui cum cuſtodia pẽſabantur: quaſi genus locati & conducti interuenit: ſed, quia pecunia non dabatur, præſcriptis verbis datur actio. ſi verò nihil aliud, quàm cibaria præſtabat, nec de operis quicquam conuenit: depoſiti actio eſt.

Ad §.9. Si quis ſeruum.

RAT. DVB & DECID. Eadem fere eſt quæ ad ſuperiorem. nam & in hac ſpecie, id eſt, cùm quis ſeruum cuſtodiendum coniecit fortè in piſtrinum, & quæritur quam actionem cõtra piſtrinarium habere debeat, ſimiliter diſtinguit Vlpianus an merces aliqua cuſtodię interuenerit necne, vt ſi non interuenerit, depoſiti actio ſit, ſi verò interuenerit, actio ſit ex conducto. Quòd ſi mercedem ego accipiebam pro hoc ſeruo quem piſtrinarius accipiebat, non ex conducto actio mihi competat, ſed ex locato, quia operas ſerui mei piſtrinario locaſſe videar, at ſi operæ eius ſerui cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus quoddam locati & conducti, interuenire creditur, ideóque hoc caſu ex locato & conducto agendum eſſet, niſi ratio illa obſtaret, quod ponimus pecuniam non interueniſſe, nam quemadmodum emptio & venditio ſine pretio eſſe non poteſt ex *l.1.& 2.infr.de contrah.empt.* nec pretium ſine pecunia numerata conſiſtere *§. pretium autem,*

autem & §. item pretium. Inst. de empt. & vend. l. 1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede, nec merces sine pecunia; l. 2. infr. locat. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l. naturalis 5. §. at cùm do. inf. de præscript. verb. Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendū esse ex l. si merces 25. §. vis maior infr. locat. Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, l. 1. & 3. l. qui actionum 11. l. quoties 21. & passim infr. de præscript. verb. quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συνάλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, l. Iurisgentium 7. §. 1. infr. de pact. l. Labeo 19. de verb. sig. At si nihil aliud quàm cibaria pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nō possit negari quin de deposito contrahendo actum sit, cùm seruus custodiendus in pistrinum coniectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat.[a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestum, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur; & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. 1. supr. commodat. l. contractus 23. de reg. iur. nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in l. 1. §. hæc actio in fin. supr. si mensor fals. mod. dixer. aut alia. Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, propterea quod fiat gratia solius deponentis, vt supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l. si seruus 61. §. quod verò de furt. Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat; quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem; cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quę si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem d. l. naturalis 5. §. sed si facio infr. de præscript. verb.

a *Sequimur tamen vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, l. sed etsi pupillus 11. §. de quo palam supr. de Inst. act. Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquā posset, vt diximus in §. illud non probabis sup. hac leg. Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, l. quod Nerua 32. infr. hoc tit. l. magna negligentia 226. de verb. sig. vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quę ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in l. lata culpa 223. eod. tit. Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio decad. 66. de errorib. pragmat. Quam differentiā tamen vulgo interpretes nostri nō obseruāt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine receperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

RAT. DVB. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, §§. proxim. sequentib. infr. hac l. initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced. Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in §. Idem Pompon. quærit. 13. inf. DEC. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, sit

bus culpa præstanda est valere conuentionem, vt non præstetur, *d.l. si vt certo.* §. *Interdum* 10. *commod. l. si seruus seruum* 17. §. *si calicem.* 29. *supr. ad l. Aquil. l. nec ex prætorio.* 27. *in fin. de reg. iur.*

7 ¶ Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si conuenerit. nam hæc conuentio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: & ideo nec sequenda est.

Ad §. 7. *Illud non probabis.*

RAT. DVB. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt superiore §. scriptum est, & in *l. contractus* 23. *l. nec ex prætorio.* 27. *de reg. iur. l. in conuentionalibus.* 52. *de verb. obl.* Ergo si conuenerit ne dolus præstetur, rata conuentio haberi debet, præsertim cùm sit pactum liberatorium, quod proinde fauorabilius est, *l. Arrianus* 41. *infr. de obl. & act.*

DEC. Pacta quæ contra leges sunt vel contra bonos mores, rata haberi à Prætore non debent, *l. Iurisgentium.* 7. §. *ait Prætor. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta.* 61 *de verb. obl. l. ex eo.* 5. *C. de Inutil. stipul.* Quæ enim sunt contra bonos mores, pugnant cum publica vtilitate, cuius in toto iure nostro præcipua sẽper ratio habetur, quia primum iuris præceptum est honestè viuere, *l. Iustitia.* 10. §. 1. *de Iust. & iur. l. non omne quod licet* 144. *de reg. iur.* Neque verò fieri posse absolutè creduntur quæ honestè fieri non possunt & verecundiam lædunt, sed pro impossibilibus habentur, *l. filius.* 15. *cum lege præcedenti. inf. de condit. inst.* Atqui contra bonos mores est & contra publicam honestatem pactio illa ne dolus futurus præstetur, quia scilicet inuitat ad delinquendum, vt scriptũ est in hoc. §. Ergo nõ potest rata haberi conuentio, ne quidem à Prætore, *l. si vnus* 27. § *illud nulla. infr. de pact. l. in commodato.* 17. *in princip. commod.* Proinde nec in contractu depositi permittẽda est, si per expressam conuentionem fiat. Nam si cõuenerit cum depositario ne depositi agatur, valebit pactio, quãuis vi ipsa, id est in effectu perinde sit ac si conuenisset, ne de dolo ageretur, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *d.* §. *illud nulla*, nimirum expressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula *l. expressa* 195. *de reg. iur. l. si ita legatũ* 65. §. 1. *de leg.* 1. *l. nõnunquã* 52. *de condit. & demõst.* vt diximus ad *d.* §. *illud nulla.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia valet conuentio ne de dolo præterito agatur, cùm nõ sicut illa quę de dolo futuro inuitet ad delinquendum, quamuis verum sit nunquam manere debere impunitum, ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui eum admiserit *l. procurator.* 11. §. 1. *infr. de dol. mal. except.*

8 ¶ Si vestimenta seruanda balneatori data perierint: si quidem nullam mercedem seruandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, & dolum dumtaxat præstare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Ad §. 8. *Si vestimenta.*

RAT. DVB. Etiam nauta, caupo, & stabularius tenentur de custodia, quamuis nullam pro custodia mercedem accipiant, *l. nauta* 5. *supr. naut. caupo. stab.* Ergo non est bona ratio, qua mouetur Vlpian. in hac lege, cùm ait, balneatorem depositarium vestimentorum, quia nullam eorum seruandorum causa mercedem acceperit, de custodia eorum non teneri, sed tantum de dolo.

DEC. Depositum gratuitum esse debet: sicut & mutuum & mandatum, cùm perinde ex officio & amicitia originem trahant, *l.* 1. §. *vlt. inf. tit. prox.* Ergo si mercedem pro custodia depositarius acceperit, iam non depositarius, sed locator est, quãdoquidem hoc casu depositum degenerat in locationem, & consequenter tenetur depositarius præstare etiã culpã, non quasi depositarius, sed quasi locator operæ suæ, *d. l.* 1. §. *vltim. infr. tit. prox. &* §. *vlt. Inst. de mandat.* Nam nec alia de causa nautæ, caupones, stabularij tenentur præstare rei custodiam, quàm quia mercedem aliquam accipiant, licet non custodiæ gratia, parum enim refert, vt qui eam accipit, de custodia teneatur. Quòd si nulla merces depositario detur seruandorum vestimentorum causa, tunc quia verè depositarius est, nihil nisi dolum præstare debet, quia solius deponentis non depositarij gratia fit depositum, *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum* 1. *supr. commod.* Adeo vt etiam circa dolum remissius facienda sit interpretatio, vt Africanus loquitur in *l. si seruus communis.* §. *quod verò. infr. de furt.* id est, in fauorem depositarij quantum fieri potest.

9 ¶ Si quis seruum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces interuenit custodiæ: puto esse actionem aduersus pistrinarium ex conducto. si verò mercedem accipiebam ego pro hoc seruo, quem in pistrinum recipiebat: ex locato me agere posse. quod si operæ eius serui cum custodia pẽsabantur: quasi genus locati & conducti interuenit: sed, quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio. si verò nihil aliud, quàm cibaria præstabat, nec de operis quicquam conuenit: depositi actio est.

Ad §. 9. *Si quis seruum.*

RAT. DVB & DECID. Eadem fere est quæ ad superiorem. nam & in hac specie, id est, cùm quis seruum custodiendum coniecit forte in pistrinum, & quæritur quam actionem cõtra pistrinarium habere debeat, similiter distinguit Vlpianus an merces aliqua custodię interuenerit necne, vt si non interuenerit, depositi actio sit, si verò interuenerit, actio sit ex conducto. Quòd si mercedem ego accipiebam pro hoc seruo quem pistrinarius accipiebat, non ex conducto actio mihi competat, sed ex locato, quia operas serui mei pistrinario locasse videar, at si operæ eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus quoddam locati & conducti, interuenire creditur, ideóque hoc casu ex locato & conducto agendum esset, nisi ratio illa obstaret, quod ponimus pecuniam non interuenisse, nam quemadmodum emptio & venditio sine pretio esse non potest ex *l.* 1. *&* 2. *infr. de contrah. empt.* nec pretium sine pecunia numerata consistere §. *pretium autem*

autem & §.item pretium. Inst. de empt. & vend. l.1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede, nec merces sine pecunia; *l.2. infr. locat. l.si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l.naturalis 5. §.at cùm do. inf. de præscript. verb.* Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendũ esse ex *l.si merces 25. §.vis maior infr. locat.* Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, *l.2. & 3. l.qui actionum 11. l.quoties 21. & passim infr. de præscript. verb.* quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συνάλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, *l.Iurisgentium 7. §.1. infr. de pact. l.Labeo 19. de verb. sig.* At si nihil aliud quàm cibariæ pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nõ possit negari quin de deposito contrahendo actum sit, cùm seruus custodiendus in pistrinum conjectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat. [a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestũm, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur; & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, *l.si vt certo. 5. §.nunc videndum. 1. supr. commodat. l.contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in *l.1. §.hac actio in fin. supr. si mensor fals. mod. dixer. aut alia.* Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, propterea quod fiat gratia solius deponentis, *vt supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l.si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat; quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem; cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quę si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem *d. l.naturalis 5. §.sed si facio infr. de præscript. verb.*

a *Sequimur tamen vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, *l.sed etsi pupillus 11. §.de quo palam supr. de Inst. act.* Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquã posset, vt diximus in *§. illud non probabis sup. hac leg.* Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, *l.quod Nerua 32. infr. hoc tit. l.magna negligentia 226. de verb. sig.* vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quę ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in *l.lata culpa 223. eod. tit.* Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio *dec. 4. l. 66. de errorib. pragmat.* Quam differentiã tamen vulgo interpretes nostri nõ obseruãt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine recęperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

RAT. DVB. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, §§. *proxim. sequentib. infr. hac l.* initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, *l.si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l.non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced.* Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in *§. Idem Pompon. quærit. 13. inf.* DEC. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, fit

bus culpa præstanda est valere conuentionem, vt non præstetur, *d.l.si vt certo.§.Interdum 10.commod.l.si seruus seruum 17.§.si calicem.29.supr.ad l.Aquil.l.nec ex pretorio.27.in fin.de reg.iur.*

7 ¶ Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si conuenerit. nam hæc conuentio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: & ideo nec sequenda est.

Ad §.7.Illud non probabis.

RAT. DVB. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt superiore §.scriptum est, & in *l.contractus 23.l.nec ex prætorio.27.de reg.iur.l.in conuentionalibus.52.de verb.obl.* Ergo si conuenerit ne dolus præstetur, rata conuentio haberi debet, præsertim cùm sit pactum liberatorium, quod proinde fauorabilius est, *l.Arrianus 41.infr.de obl.& act.*

DEC. Pacta quæ contra leges sunt vel contra bonos mores, rata haberi à Prætore non debent, *l.Iurisgentium.7.§.ait Prætor.de pact.l.stipulatio hoc modo concepta.61 de verb.obl.l.ex eo.5.C.de Inutil.stipul.* Quæ enim sunt contra bonos mores, pugnant cum publica vtilitate, cuius in toto iure nostro præcipua sēper ratio habetur, quia primum iuris præceptum est honestè viuere, *l.Iustitia.10.§.1.de Iust & iur.l.non omne quod licet 144.de reg.iur.* Neque verò fieri posse absolutè creduntur quæ honestè fieri non possunt & verecundiam lædunt, sed pro impossibilibus habentur.*l.filius.15.cum lege præcedenti.inf.de condit.inst.* Atqui contra bonos mores est & contra publicam honestatem pactio illa ne dolus futurus præstetur, quia scilicet inuitat ad delinquendum, vt scriptū est in hoc.§. Ergo nō potest rata haberi conuentio, ne quidem à Prætore, *l.si vnus 27.§ illud nulla.infr.de pact.l.in commodato.17.in princip.commod.* Proinde nec in contractu depositi permittēda est, si per expressam conuentionem fiat. Nam si cōuenerit cum depositario ne depositi agatur, valebit pactio, quāuis vi ipsa, id est in effectu perinde sit ac si conuenisset, ne de dolo ageretur, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *d.§.illud nulla*, nimirum expressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula *l.expressa 195.de reg.iur.l.si ita legatū 65.§.1.de leg.1.l nōnunquā 52.de condit.& demōst.* vt diximus ad *d.§.illud nulla.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia valet conuentio ne de dolo præterito agatur, cùm nō sicut illa quę de dolo futuro inuitet ad delinquendum, quamuis verum sit nunquam manere debere impunitum, ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui eum admiserit *l.procurator.11.§.1.infr.de dol.mal except.*

8 ¶ Si vestimenta seruanda balneatori data perierint: si quidem nullam mercedem seruandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, & dolum dumtaxat præstare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Ad §.8.Si vestimenta.

RAT. DVB. Etiam nauta, caupo, & stabularius tenentur de custodia, quamuis nullam pro custodia mercedem accipiant, *l.nauta 5.supr.naut.caupo.stab.* Ergo non est bona ratio, qua monetur Vlpian. in hac lege, cùm ait, balneatorem depositarium vestimentorum, quia nullam eorum seruandorum causa mercedem acceperit, de custodia eorum non teneri, sed tantum de dolo.

DEC. Depositum gratuitum esse debet: sicut & mutuum & mandatum, cùm perinde ex officio & amicitia originem trahant, *l.1.§.vlt.inf tit.prox.* Ergo si mercedem pro custodia depositarius acceperit, iam non depositarius, sed locator est, quādoquidem hoc casu depositum degeneret in locationem, & consequenter tenetur depositarius præstare etiā culpā, non quasi depositarius, sed quasi locator operæ suæ, *d.l.1.§.vltim.infr.tit.prox.& §.vlt.Inst.de mandat.* Nam nec alia de causa nautæ, caupones, stabularij tenentur præstare rei custodiam, quàm quia mercedem aliquam accipiant, licet non custodiæ gratia, parum enim refert, vt qui eam accipit, de custodia teneatur. Quòd si nulla merces depositario detur seruandorum vestimentorum causa, tunc quia verè depositarius est, nihil nisi dolum præstare debet, quia solius deponentis non depositarij gratia fit depositum, *l.si vt certo 5.§.nunc videndum 1.supr.commod.* Adeo vt etiam circa dolum remissius facienda sit interpretatio, vt Africanus loquitur in *l.si seruus communis.§.quod verò.infr.de furt.* id est, in fauorem depositarij quantum fieri potest.

9 ¶ Si quis seruum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces interuenit custodiæ: puto esse actionem aduersus pistrinarium ex conducto. si verò mercedem accipiebam ego pro hoc seruo, quem in pistrinum recipiebat: ex locato me agere posse. quod si operæ eius serui cum custodia pēsabantur: quasi genus locati & conducti interuenit: sed, quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio. si verò nihil aliud, quàm cibaria præstabat, nec de operis quicquam conuenit: depositi actio est.

Ad §.9. Si quis seruum.

RAT. DVB & DECID. Eadem fere est quæ ad superiorem. nam & in hac specie, id est, cùm quis seruum custodiendum coniecit fortè in pistrinum, & quæritur quam actionem cōtra pistrinarium habere debeat, similiter distinguit Vlpianus an merces aliqua custodię interuenerit necne, vt si non interuenerit, depositi actio sit, si verò interuenerit, actio sit ex conducto. Quòd si mercedem ego accipiebam pro hoc seruo quem pistrinarius accipiebat, non ex conducto actio mihi competat, sed ex locato, quia operas serui mei pistrinario locasse videar, at si operæ eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus quoddam locati & conducti, interuenire creditur, ideóque hoc casu ex locato & conducto agendum esset, nisi ratio illa obstaret, quod ponimus pecuniam non interuenisse, nam quemadmodum emptio & venditio sine pretio esse non potest ex *l.1.& 2.infr.de contrah.empt.* nec pretium sine pecunia numerata consistere §. *pretium*

autem

autem & §. item pretium. Inst. de empt. & vend. l. 1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede, nec merces sine pecunia; *l. 2. infr. locat. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l. naturalis 5. §. at cùm do. inf. de præscript. verb.* Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendū esse ex *l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, *l. 1. & 3. l. qui actionum 11. l. quoties 21. & passim infr. de præscript. verb.* quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συνάλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, *l. Iurisgentium 7. §. 1. infr. de pact. l. Labeo 19. de verb. sig.* At si nihil aliud quàm cibariæ pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nō possit negari quin de deposito contrahendo actum sit, cùm seruus custodiendus in pistrinum coniectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat. [a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestum, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur, & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, *l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. 1. supr. commodat. l. contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in *l. 1. §. hæc actio in fin. supr. si mensor fals. mod. dixer. aut alia.* Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, propterea quod fiat gratia solius deponentis, vt *supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l. si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat; quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem; cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quę si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem *d. l. naturalis 5. § sed si facio infr. de præscript. verb.*

a *Sequimur tamen vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, *l. sed etsi pupillus 11. §. de quo palam supr. de Inst. act.* Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquā posset, vt diximus in *§. illud non probabis sup. hac leg.* Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, *l. quod Nerua 32. infr. hoc tit. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quę ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in *l. lata culpa 223. eod. tit.* Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio *decad. 66. de erroribus pragmat.* Quam differentiā tamen vulgo interpretes nostri nō obseruāt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine receperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

RAT. DVB. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, *§§. proxim. sequentib. infr. hac l.* initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, *l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced.* Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in *§. Idem Pompon. quærit. 13. inf.* DEC. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, fit

bus culpa præstanda est valere conuentionem, vt non præstetur, *d.l. si vt certo. §. Interdum 10. commod. l. si seruus seruum 17. §. si calicem. 29. supr. ad l. Aquil. l. nec ex prætorio. 27. in fin. de reg. iur.*

7 ¶ Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si conuenerit. nam hæc conuentio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: & ideo nec sequenda est.

Ad §. 7. Illud non probabis.

RAT. DVB. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt superiore §. scriptum est, & in *l. contractus 23. l. nec ex prætorio. 27. de reg. iur. l. in conuentionalibus. 52. de verb. obl.* Ergo si conuenerit ne dolus præstetur; rata conuentio haberi debet, præsertim cùm sit pactum liberatorium, quod proinde fauorabilius est, *l. Arrianus 41. infr. de obl. & act.*

DEC. Pacta quæ contra leges sunt vel contra bonos mores, rata haberi à Prætore non debent, *l. Iurisgentium. 7. §. ait Prætor. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta. 61. de verb. obl. l. ex eo. 5. C. de Inutil. stipul.* Quæ enim sunt contra bonos mores, pugnant cum publica vtilitate, cuius in toto iure nostro præcipua semper ratio habetur, quia primum iuris præceptum est honestè viuere, *l. Iustitia. 10. §. 1. de Iust. & iur. l. non omne quod licet 144. de reg. iur.* Neque verò fieri posse absolutè creduntur quæ honestè fieri non possunt & verecundiam lædunt, sed pro impossibilibus habentur. *l. filius. 15. cum lege præcedenti. inf. de condit. inst.* Atqui contra bonos mores est & contra publicam honestatem pactio illa ne dolus futurus præstetur, quia scilicet inuitat ad delinquendum, vt scriptũ est in hoc. §. Ergo nõ potest rata haberi conuentio, ne quidem à Prætore, *l. si vnus 27. § illud nulla. infr. de pact. l. in commodato. 17. in princip. commod.* Proinde nec in contractu depositi permittẽda est, si per expressam conuentionem fiat. Nam si cõuenerit cum depositario ne depositi agatur, valebit pactio, quãuis vi ipsa, id est in effectu perinde sit ac si conuenisset, ne de dolo ageretur, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *d. §. illud nulla*, nimirum expressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula *l. expressa 195. de reg. iur. l. si ita legatũ 65. §. 1. de leg. 1. l. nõnunquã 52. de condit. & demõst.* vt diximus ad *d. § illud nulla.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia valet conuentio ne de dolo præterito agatur, cùm nõ sicut illa quę de dolo futuro inuitet ad delinquendum, quamuis verum sit nunquam manere debere impunitum, ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui eum admiserit *l. procurator. 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.*

8 ¶ Si vestimenta seruanda balneatori data perierint: si quidem nullam mercedem seruandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, & dolum dumtaxat præstare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Ad §. 8. Si vestimenta.

RAT. DVB. Etiam nauta, caupo, & stabularius tenentur de custodia, quamuis nullam pro custodia mercedem accipiant, *l. nauta 5. supr. naut. caupo. stab.* Ergo non est bona ratio, qua mouetur Vlpian. in hac lege, cùm ait, balneatorem depositarium vestimentorum, quia nullam eorum seruandorum causa mercedem acceperit, de custodia eorum non teneri, sed tantum de dolo.

DEC. Depositum gratuitum esse debet: sicut & mutuum & mandatum, cùm perinde ex officio & amicitia originem trahant, *l. 1. §. vlt. inf. tit. prox.* Ergo si mercedem pro custodia depositarius acceperit, iam non depositarius, sed locator est, quãdoquidem hoc casu depositum degenerat in locationem, & consequenter tenetur depositarius præstare etiã culpã, non quasi depositarius, sed quasi locator operæ suæ, *d. l. 1. §. vltim. infr. tit. prox. & §. vlt. Inst. de mandat.* Nam nec alia de causa nautæ, caupones, stabularij tenentur præstare rei custodiam, quàm quia mercedem aliquam accipiant, licet non custodiæ gratia, parum enim refert, vt qui eam accipit, de custodia teneatur. Quòd si nulla merces depositario detur seruandorum vestimentorum causa, tunc quia verè depositarius est, nihil nisi dolum præstare debet, quia solius deponentis non depositarij gratia fit depositum, *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. commod.* Adeo vt etiam circa dolum remissius facienda sit interpretatio, vt Africanus loquitur in *l. si seruus communis. §. quod verò. infr. de furt.* id est, in fauorem depositarij quantum fieri potest.

9 ¶ Si quis seruum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces interuenit custodiæ: puto esse actionem aduersus pistrinarium ex conducto. si verò mercedem accipiebam ego pro hoc seruo, quem in pistrinum recipiebat: ex locato me agere posse. quod si operæ eius serui cum custodia pẽsabantur: quasi genus locati & conducti interuenit: sed, quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio. si verò nihil aliud, quàm cibaria præstabat, nec de operis quicquam conuenit: depositi actio est.

Ad §. 9. Si quis seruum.

RAT. DVB & DECID. Eadem fere est quæ ad superiorem. nam & in hac specie, id est, cùm quis seruum custodiendum coniecit fortè in pistrinum, & quæritur quam actionem cõtra pistrinarium habere debeat, similiter distinguit Vlpianus an merces aliqua custodię interuenerit necne, vt si non interuenerit, depositi actio sit, si verò interuenerit, actio sit ex conducto. Quòd si mercedem ego accipiebam pro hoc seruo quem pistrinarius accipiebat, non ex conducto actio mihi competat, sed ex locato, quia operas serui mei pistrinario locasse videar, at si operæ eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus quoddam locati & conducti, interuenisse creditur, ideóque hoc casu ex locato & conducto agendum esset, nisi ratio illa obstaret, quod ponimus pecuniam non interuenisse, nam quemadmodum emptio & venditio sine pretio esse non potest ex *l. 1. & 2. infr. de contrah. empt.* nec pretium sine pecunia numerata consistere *§. pretium*

autem

autem & §. item pretium. Inst. de empt. & vend. l. 1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede, nec merces sine pecunia, *l. 2. infr. locat. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l. naturalis 5. §. at cùm do. inf. de præscript. verb.* Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendũ esse ex *l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, *l. 2. & 3. l. qui actionum 11. l. quoties 21. & passim infr. de præscript. verb.* quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συνάλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, *l. Iurisgentium 7. §. 1. infr. de pact. l. Labeo 19. de verb. sig.* At si nihil aliud quàm cibariæ pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nõ possit negari quin de deposito contrahendo actum sit, cùm seruus custodiendus in pistrinum coniectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat.[a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestum, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur, & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, *l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. 1. supr. commodat. l. contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in *l. 1. § hæc actio in fin. supr. si mensor fals. mod. dixer. aut alia.* Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, propterea quod fiat gratia solius deponentis, vt *supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l. si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat; quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem; cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quæ si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem *d. l. naturalis 5. § sed si facio infr. de præscript. verb.*

a *Sequimur tamen vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, *l. sed etsi pupillus 11. §. de quo palam supr. de Inst. act.* Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquã posset, vt diximus in *§. illud non probabis sup. hac leg.* Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, *l. quod Nerua 32. infr. hoc tit. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quæ ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in *l. lata culpa 223. eod. tit.* Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio *decad. 66. de errorib. pragmat.* Quam differentiã tamen vulgo interpretes nostri nõ obseruãt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine receperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

RAT. DVB. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, §§. *proxim. sequentib. infr. hac l.* initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, *l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced.* Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in §. *Idem Pompon. quærit. 13. inf.* DEC. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, fit

sunt contractus vltro citróque obligatarij, æquè principaliter, non item de deposito vel commodato, ideo fortasse quod licet ex iis quoq; contractibus nasci possit ciuilis actio in factum, aut quod idem est præscriptis verbis, si depositarius, vel commodatarius nolit rem reddere, non tamen duæ actiones ex eo negotio nasci possunt, vnà directa, altera contraria, ideóque necesse fuit à prætore eas introduci, præsertim contrarias, quas nemo vnquam dixit esse ciuiles. Quod à nobis iam probatum est ad *l. 1. supr. commod. ex l. si gratuitam 17. in princip. infr. de præscript. verb. l. 2. §. 1. infrà de precar. l. Senatus. 3. 5. §. Ergo qui mortis infr. de mort. caus. donat.* hincq; peti potest ratio dubitãdi ad hunc § frustra enim actio prætoria inducitur vbi competit ciuilis *l. 1. supr. de public. in rem act.* Sed decidendi ratio ex eo sumenda est, quod necessarium prætori visum sit, actiones istas depositi commodati, & si quæ sunt similes specialiori nomine donatas introducere primum, vt essent bonæ fidei non stricti iuris, vt actiones præscriptis verbis. Atque ita pleniores haberent præstationes ex bono & æquo propter illa verba *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei addi solebant. Deinde propter actiones contrarias, quas non tam meri iuris quàm æquitatis & bonæ fidei ratio sola induxit. Nam & quamuis actio tutelæ sit ciuilis, & ex lege 12. tabularum, contraria tamen tutelæ actio est ex iure prætorio *l. 1. in princip. infr. de contr. tut. & vtil. actio*, neque verò actio vlla stricti iuris est quæ vllam habeat, & admittat contrariam, sicut nec actio vlla stricta est, quæ infamiam irroget cõdemnato, nec si ex famosis causis pendeant *l. cessat 36. de ob. & act.* Denique cum in his verbis edicti semel tantum scripta sint verba illa *Iudicium dabo*, quæ non minus ad actionem depositi in simplum dandam, quam ad eam quæ in duplum referuntur, necessario consequens est, vt perinde probent vtrãque actionẽ esse prætoriam ex vulgari regula, vel potius brocardico, paris & vniformis determinationis, de qua in vulg. *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill.*

2 ¶ Meritò has causas deponendi separauit prætor, quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem.

Ad §. 2. Merito.

RAT. DVB. Omne depositum fidei eius commissum intelligitur, cui custodiendum traditur, siue eam depositi definitionem sequamur, quam Vlpian. in princip. huius legis posuit, siue eam potius quam Iacobus Cuiac. tradidit in *paratitl. ad hunc titul.* vbi ait depositum esse conuentionẽ gratis custodiendæ rei quæ traditur sub fide restituendi. Ergo in omni iudicio depositi directo agitur de fide rupta, siue fortuita sit causa depositionis ex necessitate descendens, siue ex voluntate proficiscens. *l. ei apud quem in princip. hoc tit.* Ergo perinde debuit prætor ex omni causa dare actionem depositi vel in simplum duntaxat vel in duplum tantum nulla distinctione facta depositi voluntarij & necessarij, sicut & omni casu perinde notatur infamia quisquis ex causa depositi condemnatus est, iudicio directo, non contrario *l. 1 supr. de his qui not. infam.*

DEC. Multum refert, an depositum fiat ex voluntate deponentis qui fidem & personam depositarij elegit: An verò extante necessitate cogatur dominus res suas penes obuiũ quemq; deponere, priore casu contentus esse debet simplo, cuius præstatione satis fit ipsius indemnitati. Posteriore verò casu crescit perfidiæ crimen, & publica vtilitas seueriorem coercitionem exigit vindicandæ Reipublicæ causa, vt eleganter scriptum est in §. *hac autẽ. 4. inf.* ex eo enim quod quis necessitate coactus facit, nunquam sumi potest coniectura voluntatis, quasi vltrò fecerit, quod verissimile est facturum eam non fuisse, si necessitas eum non coegisset. Itaq; quod solemus imputare domino qui elegit depositariũ quod negligenti amico, fortasse etiam perfido rem suam custodiendam cõmiserit *l. 1. §. is quoque. infr. de ob. & act. §. Præterea. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Non similiter possit imputare illi qui ex necessitate tumultus vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa rem suam deponere cogitur, quia hic non tam contrahit cum depositario quã in eum incidit, vt Papinian. loquitur *in l. vlt. rem pupill. salu. for.*

3 ¶ Eum tamen deponere tumultus, vel incendij, vel cæterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet, quàm imminens ex causis supra scriptis periculum.

Ad §. 3. Eum tamen.

RAT DVB. fieri potest, vt is qui tumultus vel incendij vel ruinæ, vel naufragij gratia deposuit, habuerit prius consilium deponendi, puta Romam crastina die profecturus, & tamen non fuerit forte depositurus, nisi aliqua ex supradictis causis emersisset. Atqui cùm id contingit, duæ quodammodo sunt causæ deponendi. Prima peregrinatio, altera tumultus, vel incendium, aut alia ex reliquis duabus. Ergo verum non est quod in hoc §. dicitur tunc locum esse parti 2. huius edicti, nisi cùm nulla alia est causa deponendi quàm vna ex quatuor exceptis, nec enim causa vna deponendi tollit alteram, nec aliud requirunt verba Edicti, nisi vt tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinæ causa depositum factum sit. DEC. Nihil est quod faciat fauorabilius depositum, quod contractum est ex aliqua istarum causarum, quàm quòd fiat ex necessitate, non ex electione, vt scriptum est in §. *prox. supr. & §. prox. infr.* Ergo si iam electus erat depositarius antequam tumultus, vel incendium, vel ruina, vel naufragium superueniret, nullo fauore extraordinario vel speciali dignum est depositum, cùm voluntas non necessitas electioni causã dederit.

4 ¶ Hæc autẽ separatio causarum, iustam rationẽ habet. quippe cùm quis fidem elegit, nec depositũ redditur, contentus esse debet simplo: cùm verò, extãte ne-

te necessitate, deponat: crescit perfidiæ crimen:& publica vtilitas coercẽda est, vindicandæ reipublicæ causa.est enim inutile,in causis huiusmodi fidẽ frãgere.

Ad §. 4. Hæc autem.

RAT. DVB.& DECID. eadem est quæ ad §. *merito. supr.* Est enim vtriusq; §.idem sensus,nisi quòd in illo dictum, hic ratio dicti potius continetur. Est tamen difficile explicare quid sibi velit Vlpianus illis verbis, *Et publica vtilitas coercenda est.* Cùm adiuuanda sit potiùs & amplianda quàm restringenda & coercenda *l. hoc modo. 64. Infr de cond. & demonst.* Quam ob causam vulgata lectio rectior videtur,quæ habet, *Et publica vtilitate coercendum est* vt ad crimẽ perfidiæ verba illa referantur, nisi malis, pro, *vtilitas*, legere *inutilitas*, non solùm quia nomen inutilitatis non fuit veteribus latinitatis autoribus incognitum, vt notat Cuiac. *ad l. 2. C. de fid. & iur. hastæ fiscal.* Et in notatis Mercatoris contra Robertum, sed etiam quia statim sequitur in hoc §. *est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere.* Quo verbo *Inutile* significatur id quod est iniquum, vt quemadmodum vtilitatem pro æquitate, & æquitatem pro vtilitate prudentes solent dicere, quia scilicet nõ æstimant ęquitatem nisi ex vtilitate & salute publica, ita vti e dicant quod æquum est, & vicissim inutile quod iniquum: Ergò & vtilitatem pro æquitate, & inutilitatem pro iniquitate: etsi enim semper graue est fidem frangere & fallere. *l. 1. supr. de pecun. const. l. 1. supr. de pact.* grauius tamen & longe intolerabilius est in huiusmodi causis, in quibus & maior contrahẽdi necessitas est, & neque locus, neq; tempus plenius admittit deliberandi principium, vt eleganter scriptũ est *in l. 1. supr. de exerc. act. Iuncta l. cùm postulassem. 44. §. 1. in fi. infr. de dam. infe.*

5. ¶ Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, vtputa si homo vestitus deponatur: vestis enim non est deposita, nec si equus cum capistro: nam solus equus depositus est.

Ad § 5. Quæ depositis.

RAT. DVB. Accessorium sequitur suum principale. Et quicquid accessionis vice cedit, ad eum pertinet, ad quem & quod principale est *l. cùm aurum. 19. §. perueniamus & l. seq. l. si quando. 29. de aur. & arg. leg. §. si tamen 26. Inst. de rei diuis.* Vnde est, vt is cui commodata est equa, quam pullus comitabatur, etiam pulli custodiam præstare debeat. *l. sub certo. 5. §. vsque adeo. supr. commod.* Ergo etiam quæ depositis rebus accedunt, pro depositis haberi debent, vt putà si homo vestitus deponatur, vel equus cum capistro. Quid enim referat an homo deponatur & vestis, an homo cum veste, aut vestitus? *arg. l. illi cum illo 40. Infr. de vsufr. leg.* Atqui cùm deponitur homo vestitus verba depositi ostendunt solum hominem depositum non vestem, longéque aliud est deponi hominem & vestẽ, aut hominem cum veste, & deponi hominem vestitum. Item aliud deponi equũ & capistrum, aut cum capistro quod effectu idem est, *d. l. illi* aut deponi equum capistratum priore casu non tantum homo deponitur, sed etiam vestis non tantum equus, sed etiam capistrum, posteriore verò non item. Atque ita locus hic conciliandus est cum *d. l. si vt certo 5. §. si me rogaueris supr. Commod.* Nec tamen consequens est, vt qui hominem vestitum accepit, depositum possit reddere nudum, aut, qui equum capistratum, possit reddere sine capistro: cùm præstare custodiam debeat earum quoque rerum quæ deposito accesserũt licet non fuerint ipsæ depositæ *d. §. vsque adeò.* Alioqui etiam pro his rebus restituendis teneretur actione depositi, non quidem vt ea actione peti res illæ possint, cùm non fuerint depositæ, vt diximus, sed quia nec ipsæ res depositæ reddi viderentur, cum non credatur reddi id quod deterius redditur *§. si res deposita 16. Iuncto §. si cista infr. hac l. 3. §. si reddita supr commod.*

DEC. Multum interest, an quid sit depositum, an deposito tantum accedat quicquid depositum est, actione depositi peti potest & debet, non etiã quod deposito accessit, si ipsum quoque depositum non sit. Nec enim actio depositi cõpetere potest nisi pro eo ipso quod depositum est, cùm re cõtrahatur sicut mutuum, de quo in *l. si tibi 7 supr. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi sup. de reb. cred. l. cùm vltrà. C. de non num. pec.*

6 ¶ Si conuenit, vt in deposito & culpa præstetur: rata est conuentio. contractus enim legem ex conuentione accipiunt.

Ad §. 6. Si Conuenit.

RAT. DVB. Pacta quæ fiunt contra leges, rata non debent haberi à Prætore *l. Iurisgentium 7. § ait Prætor sup. de pact. l. pacta quæ cõtra 6. C. eod. l. cùm sponsus 12. § si res sup. de public. in rẽ act. l. nec non 28. §. quoad eius ex quib. caus. maior l. vlt. infr. de suis & legit. l. inter debitorem 42 Iuncta l. ius publicum supr. de pact.* Nec iuris autoritas in potestate contrahentium esse debet, quæ nec in arbitrio est magistratuum *l. 1. §. 1. infr. ad S. C. Turpil. l. ordine 15. ad municipal.* Atqui & ratione & autoritate iuris depositarius nõ tenetur de culpa leui, multò minus de leuissima, sed tantum de lata, quæ tam propè ad dolum accedit, vt dolus esse existimetur *l. Quod Nerua 32. inf. hoc tit.* quia scilicet depositum fit gratia solius deponentis, non etiam depositarij *l si vt certo 5. §. nunc videndum 1. inf. commod. l. si seruus communis 61. §. Quod verò infr. de furt.* Ergo contra leges & contra ius erit pactum, si conueniat vt depositarius etiam de culpa teneatur.

DEC. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt, vt scriptũ est in hoc *§. & in l. cõtractus 23. de reg. iur. l. in cõuentionalib. 52 de verb. ob.* vbi hæc differẽtia ponitur inter stipulationes conuentionales & prætorias. Ergo nihil obstat quo minus rata debeat esse cõuẽtio, si conuenerit vt in deposito etiã culpa præstetur *l. 1. C. hoc tit.* Neque tam videri debet pactum hoc esse contra leges, aut contra ius quàm præter leges, & præter ius quod longè diuersum est, *d. §. quoad eius.* Aliud enim est prohibere, aliud non iubere, & rursum aliud permittere, aliud non prohibere. Et in genere permissorum, ex quo sunt contractus omnes liciti & permissi, regula generalis est censeri omnia permissa quæ non sunt prohibita, *l. mutus. 43. § 1. supr. de procurat. & Inst. quib. non est permiss fac. testam.* Atque prohibitum iure non est ne conueniat, vt in proposito etiam culpa præstetur. Ergo permissum id videri debet. *§. sæpe euenit. 35. infr. hac l.* Sic dicimus etiam in contractibus, in qui-

autem & §. item pretium. Inst. de empt. & vend. l. 1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede; nec merces sine pecunia; *l. 2. infr. locat. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l. naturalis 5. §. at cùm do. inf. de præscript. verb.* Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendũ esse ex *l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, *l. 2. & 3. l. qui actionum 11. l. quoties 21. & passim infr. de præscript. verb.* quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συνάλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, *l. Iurisgentium 7. §. 1. infr. de pact. l. Labeo 19. de verb. sig.* At si nihil aliud quàm cibariæ pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nõ possit negari quin de deposito contrahendo actum sit; cùm seruus custodiendus in pistrinum coniectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat. [a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestum, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur; & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, *l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. 1. supr. commodat. l. contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in *l. 1. § hac actio in fin. supr. si mensor fals. mod. dixer. aut alia.* Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, propterea quod fiat gratia solius deponentis, vt *supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l. si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat; quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem; cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quę si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem *d. l. naturalis 5. § sed si facio infr. de præscript. verb.*

a *Sequimur tamen vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, *l. sed etsi pupillus 11. § de quo palam supr. de Inst. act.* Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquã posset, vt diximus in *§. illud non probabis sup. hac leg.* Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, *l. quod Nerua 32. infr. hoc tit. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quę ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in *l. lata culpa 223. eod. tit.* Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio *decad. 66. de erroribus pragmat.* Quam differentiã tamen vulgo interpretes nostri nõ obseruãt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine receperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

RAT. DVB. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, *§§. proxim. sequentib. infr. hac l.* initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, *l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced.* Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in *§. Idem Pompon. quærit. 13. inf.* DEC. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, fit

enim hoc diuersis respectibus. In proposito autem ita contingit. Nam cum te rogo de mea te perferenda ad Titium, vt is eam seruet, duæ personæ interueniunt, tua & Titij, & quemadmodum quod ad te pertinet, quin mandatum inter nos contractum sit, cùm ad rem illam perferendam, non tantum nuntius meus sis, sed etiam procurator, *l. 1. supr. de procurat.* Ita & quod ad Titium spectat, dubitandum non est, quin sit ille depositarius, quippe qui rem seruandam acceperit, sicut & tu perferendam. Nec quod à te rem illam, nō à me acceperit, quodque contractui nostro non adfuerit, mouere nos debet, quandoquidem depositum re & traditionē contrahitur, *l. 1. §. id quoque de obl. & act.* Nec tam interest quis tradat, quàm cuius nomine, nec quisquam dubitat quin depositum, vt & alius quilibet contractus iurisgentium per procuratorem fieri possit. Addenda enim fuerunt verba illa, *iurisgentium*, ad excludendos actus legitimos qui per procuratorem fieri non possunt, cuiusmodi sunt mācipatio, emancipatio, hæreditatis aditio & similes ex regula *l. nemo alieno nomine 123. iuncta l. actus legitimi 77. de reg. iur. l. per procuratorem 90. de acquir. hæred.* Ergo in casu proposito dicendum est vtramque actionem mihi competere, mandati & depositi: mandati quidem contra te, depositi verò contra Titium, sed ita tamen, vt vtraque actio locum habere in vno eodémque casu non possit, nam si rem meam ad Titium pertuleris, mandati non teneberis, quia mandatum impleuisti. Sed Titius depositi tenebitur, quia rem meam seruandam accepit. E contrario si rem ad Titium non pertuleris, ille depositi non tenebitur, quia nihil accepit custodiendum, tu mandati teneberis, quia non fecisti quod tibi mandatum fuit. Quod & Accurs. noster bene explicat. Subiungit tamen Vlpianus, Titium ita teneri mihi depositi, si rem à te receperit meo nomine non tuo, nam si tuo nomine receperit, habebo te solum obligatum, & quidem actione sola mandati, non etiam depositi, quasi mandauerim tibi rem non modo perferendam, sed etiam deponendam. Titius verò depositi actione solū tibi tenebitur, cùm tua intersit habere illum obligatū, vt ab actione mandati, qua mihi teneris, te liberes, quamuis res tua non sit. Non enim depositi actio requirit, vt res quæ deponitur, sit deponentis, sed tantum vt ipsius intersit, quia nec ad aliud datur quàm ad id quod interest, vt nec cæteri bonæ fidei actiones *d. l. si procuratorem 8. §. mandati actio infr. tit. prox. l. si duo 22. infr. hoc tit.* Quid ergo si omisso te velim agere contra Titium ad rem meam repetendam? Nō possum, nisi actione depositi, quam contra eum habes, mihi cesseris. Neq; enim ex contractu actio alij competere potest quàm ei qui contraxit, *l. quæcunque 11. de obl. & act. l. si res 51. de euict. l. vt fideiussor. 39. de fideiuss. l. Modestinus 76. infr. de solut.* Sed tamen actione mandati te cogam, vt eam mihi præstes, nec quicquam à te aliud amplius consequar, quia quoties non alia de causa quis tenetur, quàm quod actionem aduersus alium habeat, non ad aliud obligatur, quàm vt eam actionem præstet, & sola delegatio pro iusta præstatione est, vt Papin. loquitur in *l. quod debetur 51. in fin. sup. de pecul. d. l. si procuratorem §. si quis mandauerit l. hærēdē 14. l. Papin. 28. inf. tit. prox.* Nec recusari vnquam ferè cessio actionis potest, tum quia inutilis mansura esset penes eum qui cedere iubetur, & fit semper sine vllo dispēdio aut incommodo cedētis, *l. in creditore 38. inf. de euict.*

12 ¶ Quod si rem tibi dedi, vt, si Titius rem non recepisset, tu custodires. nec eam recepit: videndum est, vtrum depositi tantum, an & mandati actio sit. & Pomponius dubitat. puto tamen, mandati esse actionē: quia plenius fuit mandatum, habens & custodiæ legem.

Ad §. 12. Quod si rem.

RAT. DVB. Cùm rem tibi dedi perferendam ad Titium ea lege adiecta, vt si Titius rem non recepisset, tu eam custodires, videtur inter nos actum, vt res mea apud te sit, eodem iure, quo futura erat apud Titium si eam recepisset. Videris enim quodammodo in eius locum substitutus. Atqui si Titius rem illam à te recepisset meo nomine, is depositi actione mihi teneretur, vt superiore §. diximus. Ergo & cùm recusante Titio tu rē meam custodiendam detines, actione depositi mihi obstrictus es, non mandati. DEC. Cùm vna eadémq; persona est quæ & mandatum & depositum suscipit, ille contractus præualet, qui primus est, vt dicemus in §. sequenti, quia initium cuiusque contractus inspiciendum est & causa, vt in præcedentibus docuimus ex *l. si procuratorem. 8. in princ. infr. tit. prox. & §. si seruus deposuit. 30. infr. hac lege l. si id quod 58. §. si filiusfam. inf. pro soc. l. 3. §. suo in fin. supr. de minor.* Atqui in hac specie ponimus dedisse me tibi rem meam nō modo perferendam ad Titium, sed etiam apud te custodiendam, si Titius recipere nollet. Igitur dubitandum non est, quin primus contractus fuerit mādati, adeóque solus nullo admixto contractu depositi, quia non magis alienum est à mandato, vt mandem tibi rem meam custodiendam, quàm vt mandem perferendam, quamuis si mandarem tantum custodiendam, depositum censeri deberet, nō mandatum, cùm depositum nihil aliud sit, quàm quod custodiendum datur. Non autem datur custodiendum, nisi quod custodiendum mandatur. Est igitur hoc mandatum rei scilicet non tam custodiendæ quàm perferendæ, sed tamen quod plenius est, quàm si esset simplex mandatum rei perferendæ, quoniam habet annexam custodiæ legem. Neque enim existimandum est, quoties custodiæ mentio fit depositum contrahi, cùm etiam in cæteris contractibus plerumque soleat conuenire de custodia, *l. si vt certo 5. §. custodiam & seq. sup. commod. l. 1. §. 1. l. 3. & passim. infr. de peric. & commod rei vend.* quamuis depositum nihil aliud sonet quàm susceptam simpliciter rei custodiam, idque est quod Bart. ad §. hunc non malè notat, quando præcedit contractus perfectus, & adiicitur conuentio quę potest cadere in nomē primi cōtractus induci potiùs informationē quā reformationē primi contractus & quā nouū cōtractū, nūquā. n. multiplicādi sūt cōtractus sine necessitate, sicut nec entia apud Philosophos.

13 ¶ Idem Pomponius quærit: si tibi mandauero, vt rem ab aliquo, meo nomine receptam custodias, idque feceris: mandati, an depositi tenearis? & magis probat, mandati esse actionem: quia hic est primus contractus.

Ad §. Idem Pomponius. 13.

RAT. DVB. Quisquis rem aliquam penes alium deponit, is vtiq; mandat eam custodiendam, & depositi actionem sibi acquirit, vt *supr. diximus.* Ergo si mandauero tibi vt rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, & tu id feceris, depositū videri debet potius quàm mandatum, & depositi actio mihi danda esse non mandati.

DEC. Vniuscuiusq; contractus initium inspici debet & causa vt iam toties diximus ex §. *si seruus deposuit* 30. *infr. hac lege l. si procuratorem* 8. *in princip. infr. tit. prox.* Atqui contractus, de quo agimus, incipit à mandato, non à deposito, mandaui enim tibi, vt rem meam meo nomine ab alio receptam custodires. Ergo mandatum hoc censeri debet, non depositum. Mandatum inquam habens custodiæ legem, vt in §. *præcedente*, Id est, non simplex, sed plenius quàm soleat esse simplex mandatum. Ac præterea constat in hoc mandato aliud quoq; contineri scilicet rei meæ recipiendæ, quæ penes alium erat. Recipere enim eam te oportuit priusquam possis custodire. Ergo præcedit mandatum non vnicum, sed duplex. Primum rei recipiendæ, alterum rei receptæ custodiendæ. Quemadmodum, cùm rem meam mandaui tibi præferendam à Titio, deinde custodiendam si Titius nollet eam accipere, vt in specie §. *superioris.*

14 ¶ Idem Pomponius quærit, si apud te volentem me deponere, iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. & ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem: mihi tecum depositi esse actionem. si vero suaseris mihi, vt magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo verò depositi actio est, nec mandati teneris, quia rem meam ipse gessi. [a] Sed si mādasti mihi, vt periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. [b] Plane si fideiussisti pro eo. Labeo, omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantùm si dolo fecit is, qui depositum suscepit: sed & si non fecit, est tamen res apud eum. [c] quid enim, si fureret is, apud quem depositum est, vel pupillus esset, vel neq; heres, neq; bonorū possessor, neq; successor ei exstaret? tenebitur ergo, vt id præstet, quod depositi actione præstari solet.

Ad §. Idem Pomponius quærit. 14.

RAT. DVB. Nihil interest, an deponam penes te, an penes alium te iubente, quia vt habet Iuris regula, quod per alium quis facit, per seipsum facere videtur. *l. si quis id quod.* 7. §. *vlt. Supr. de Iurisdict. l. ita autē.* 5. §. *quod si quis inf. de admin. & peri. tut. l. quia perinde est* 42. *inf. ad Trebell.* Atqui ponimus me, cùm vellē apud te deponere, iussu tuo apud libertū tuū deposuisse. Ergo perinde actionem depositi habere contra te debeo, atque si eam rem apud teipsum deposuissem. DEC. Multum interest an apud libertum tuum deposuerim tuo nomine, hoc est, quasi teipso per libertum tuum rem meam custodituro, an verò mihi persuaseris, vt magis apud eum, quam apud te deponerem. Priore casu mihi tecum depositi actio est, videris enim esse depositarius, & libertus tuus nihil nisi nudum ministeriū tibi præstare, vt in *l. quod meo* 18. *inf. de acquir. possess. l. & licet* 15. *supr. de pecun. const.* Posteriore autem casu nulla mihi tecum actio esse potest, nec depositi, quia, non tu depositarius es, sed libertus tuus, nec rursus mādati, quia rem meam gessi, id est, quia magis meo studens commodo apud libertum tuum deposui, quàm quod fidem tuam sequi vellē, vt in *l. nauis.* 6. *in fin. sup. de lege Rhodia de iact.* Aliud siquidem est mandare, aliud verò persuadere, cùm persuasio nihil sit nisi consilium, quod nunquam obligat si careat fraude. *l. ob hac verba.* 20. *supr. de his qui not. infam. l. seruus.* 20. *supr. de dol. l.* 2. *in fin. inf. tit. prox. l. consilij.* 47. *de reg. iur.* Sed cum liberto tuo erit mihi actio depositi, quia verè depositarius est, nec potest videri tuo nomine accepisse id quod tu ipse accipere & custodire recusasti, quodq; ego à te persuasus malui apud eum, quàm apud te deponere.

a *Sed si mandasti mihi.* RAT. DVB. Etiam cùm mandasti mihi vt periculo tuo apud libertum tuum potius quàm apud te deponerem, verum est, libertum tuum esse depositarium. Ergo depositi actio dari contra eum debet non mandati contra me. Præsertim cùm non eo minus verum sit me rem meam gessisse, id est, depositarium elegisse libertū tuum, potius quàm fidem tuam sequi voluisse.

DEC. Quoties quis cum vno quidem contrahit, sed periculo alterius magis sequi videtur fidem eius qui periculum in se recipit, quam illius cum quo contrahit, quasi non fuerit cum eo contractu rus nisi alius periculo suo contrahi iussisset *l. si mandatu meo.* 45. §. *quod mihi iuncta l. si verò* 12. §. *si quis mandauerit* 13. *infr. tit. prox.* Ergo si mandaueris mihi vt periculo tuo apud libertum tuum deponerem quamuis libertus non eo minus depositi actione teneatur, tu tamen mihi actione mandati teneberis, non tamen simpliciter, sed ita demum si rem à liberto tuo seruare non possim, propter eius siue perfidiam siue inopiam. Duo enim hi præcipui casus sunt in quibus periculum mihi præstare potes & debet, vt quantominus à liberto tuo seruare potero, id à te mandati actione consequar, *l. si quis alicui* 27. §. *vltim. l. si mandatu meo* 13 *infr. de fideiuss.*

b *Planè si fideiussisti.* RAT. DVB. Fideiussor non potest accipi in duriorem & grauiorem causam. *l. Græcè* 8. §. *illud commune infr. de fideiuss.* Atqui libertus tuus, qui depositum à me accepit, non aliter tenetur actione depositi, quàm si dolo id fecerit, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. commod. l. si seruus* 61. §. *quod vero infr. de furt.* Ergo neque tu qui pro eo fideiussisti teneri omnimodo debes, sed ita demum si dolo quid fecerit.

DEC. Quisquis rē deposuit, statim potest agere

depositi, etiam priusquam dolus vllus admissus sit, quia hoc ipso incipit depositarius dolo malo facere, quod rem quam suscepit custodiendam, reposcenti non reddit, *§. est autem 22. l. si procuratorem 8. §. penult. infr. tit prox.* Ergo & tu tanquam fideiussor liberti tui statim conueniri poteris depositi, etiam priusquam libertus tuus dolo aliquid fecerit, si modo tamen res deposita penes eum sit, vt sequitur in textu, vt scilicet restituendæ eius habeat facultatem, ac ni restituit, tum saltē dolo facere videatur.

c *Quid enim si fureret.* Tres casus hic proponuntur in quibus res deposita potest esse penes depositarium, nec tamen depositarius possit eam restituere, nec proinde dolum admittere in eo quod rem nō restituat, primus casus est, si furere cœperit, qui enim furiosus est, pupillo comparatur, *l. Fulcinius 7. §. planè interdum 11. infr. quib. ex caus. in possess. eat.* Imò in plerisque deterioris conditionis esse creditur, *l. in negotiis 5 de reg. iur.* quia nullo modo consentire potest qui nec sentire videtur : inquit Pomponius in *l. si tibi 8. §. vnius de opt. leg.* Ideóque nec conueniri potest, nec rem restituere, ne quidem cum curatoris autoritate, sed restitutionem à curatore ipso fieri oportet, in quo differt à pupillo qui omnia potest facere cū tutoris autoritate, *d. l. in negotiis.* Secundus casus hic similis si depositarius sit pupillus, non qui depositū ipse susceperit sine autoritate tutoris (hic enim nō obligaretur nisi proponeres doli capacē & dolum ab eo admissum fuisse *§. prox. infr.* Sed qui depositario successerit, & consequenter actione depositi ex causa hereditaria teneatur, nam neque hic conueniri potest, neque depositum restituere sine tutoris autoritate: Imò nec aliud quicquam facere, nec si se liberare velit, *§. vlt. Inst. quib. alien. lic. vel non.* Quòd si ponas hunc ipsum pupillum tutore autore depositum accepisse, erit quidem actione depositi obstrictus, vt tutore quoque autore conueniri possit, sed tamen non magis poterit condemnari, tametsi reposcenti domino depositum non restituat, quia non potest dolum admittere in non restituēdo deposito, qui nec dolo facere quicquam potest, nisi fingas esse illū iā proximum pubertati, vt etiam doli capax sit, *d. §. prox. infr.* Tertius casus est, si neque hæres neque bonorum possessor, neque successor vllus existat depositario: hoc enim casu nemo est in quem transire possit obligatio & actio depositi quæ competierat cōtra defunctam, & quam proinde morte ipsius extinctam fuisse fatendum est, *l. habere licere. 57. infr. de euict. l. 1. C. de obl. & act.* His igitur tribus casibus cùm depositarius dolo facere nihil possit, ideóque nec depositi actione condemnari, nec fideiussor quoque ipsius tenebitur, nec denique alio vllo casu nisi vt præstet quod depositi nomine præstari solet id est, dolum depositarij: fideiussor enim antequam reus debeat conueniri nunquam potest *l. fideiussor 57. infr. de fideiuss.* Quæ ratio etiam est *l. postquam 5. in princ. infr. vt legat. nom. cau.* quam nescio cur Accurs. huic legi opponat quasi contrariam, nisi quod putat & post eum Bartolus Vlpiani sententiam in hoc §. eam esse, vt eo quoque casu quo neque hæres, neque bonorum possessor, neque successor quisquam depositarij existat, depositarij fideiussor nihilominus teneatur propter verba illa postrema huius §. *tenebitur ergo vt id præstet, quod depositi actione præstari solet.* In quo tamen errat, his enim verbis respondet Vlpian. generaliter ad quæstionem, quæ de eo proposita erat, an fideiussor depositarij omnimodo teneatur, & respondet teneri, sed de eo tātum quòd à depositario præstari solet. Et consequenter non teneri, si depositarius talis sit qui dolo facere nihil possit, nec proinde præstare quicquam debeat, vt contingit in tribus casibus supradictis. Aliud iuris est in fideiussore tutoris de quo in *l. sine herede 31. de admin. tutor.* & alterius cuiuslibet debitoris, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* quia his casibus obligatio iam sic nata est viuo adhuc debitore, vt omnimodo fuerit condemnandus. In proposito autem licèt statim nascatur actio cōtra depositarium, tamen non aliter condemnari potest quàm si vel dolum admiserit antequam conueniretur, vel in non restituendo, cùm conuenitur. Est enim hæc quædam velut condicio nō sub qua depositarius sit obligatus, sed sine qua nō potest cōdemnari. Ergo nec eius fideiussor, quia aduersus obligationē & legē depositi cōmitti nihil potest, licet supersit hereditas, quia hereditas non potest dolo quicquam facere, cùm dolus sit facti: quę autē sunt facti, in hereditatem nō transeunt *l. 1. §. Scæuola si is qui test. lib. ess. iuss.* Iurge quæ scripsit *Cuiac. lib. 15. obseruat. cap. 9.* Vbi melius ille quàm hic Accursius.

15 ¶ An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur: quæritur. sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit. nam & in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, & si dolus non interuenit.

Ad §. An in pupillum. 15.

RAT. DVB. Pupillus sine tutoris autoritate obligari non potest, nec magis re & traditione quàm nudo consensu, *l. obligari. 9 infr. de autorit. tut. l. more. 8. & l. seq. de acquir. hared.* Ergo nō potest contra eum competere actio depositi, cùm actio quælibet personalis supponat præcedentem obligationem personalem, *l. licet. 42. §. ea obligatio de procur.* Adde quod depositarius non tenetur nisi de dolo, vt sæpius diximus, præsertim ad *§. si conuenit. & sequentem & in §. prox. supr.* Pupillus autem regulariter non est doli capax, cùm illa ætas ignoret etiam ea quæ videt, *l. 1. C. de fals. monet.* nec valdè distet pupillus à furioso, vt scriptum est in *l. Fulcinius. 7. § planè interdum § quibus ex causis in possessionem eatur.* Ergo depositi actio contra pupillum dari nō potest si depositum sine tutoris autoritate susceperit.

DEC. Pupillus qui pubertati proximus est, id est, cui semestre tantum deest ad pubertatem, vt Callistratus interpretatur in *l. nō tantū 7. inf. de excusat. tut.* doli capax esse potest, in his præsertim quæ nō magnā machinationē exigunt, vt Paulus loquitur in *l. quid enim 14. sup. de dol.* cuiusmodi est nolle restituere depositū *§. est autē 22. inf. hac lege & l. si procuratorē 8. §. penult. inf. tit. prox.* Ergo etiā pupillus hoc casu depositi cōuenietur, alius casus est si pupillus fact⁹ sit locupletior ex alieno damno, quod contingit in eo qui perfidè negat se depositū accepisse, aut accepti denegat restitutionē, hic enim non solum obligatur naturaliter, *l. naturaliter. 13. §. vlt. cū l. seq. sup. de cond. indeb.* Sed etiam ciuiliter post rescriptum scilicet Diui Pij, de quo in *l. 3. §. pupillus l. Nesennius 34. supr. de neg.*

de neg. gest. leg. 3. in princip. supr. Commod. Ergò hoc quoque casu depositi actione conueniri potest, non quod dolum commisisse, & ex aliena iactura locupletatum esse paria sint, vt putat Accurs. ex *l. vn. C. de reputat. quæ fiunt in iud. in integ. restitut.* Sed quia hi duo casus singuli suam propriam & separatam habent rationem. Nam & fieri potest vt pupillus qui pubertati non est proximus, nec proinde doli capax, locupletetur tamen cum aliena iactura ni contra eũ actio detur, vt in *d. l. naturaliter. §. vlt.* Obligatur sanè pupill⁹ naturaliter ex causa mutui accepti etiã sine tutoris autoritate, *l. vlt.* vbi diximus *sup. de iure iur. l. Stichũ aut Pamphilũ 95. §. naturalis, & §. aditio. inf. de solut. l. si pupillus 21. ad. leg. falcid. l. cùm illud 25. §. hæres meus. quando dies legat. ced.* Sed tamen non posset obligatio illa naturalis parere actionem depositi aut vllam aliam, nisi præterea illud concurreret, vt pupillus vel ex dolo suo, vel ex rescripto Diui Pij conueniri posset.

16 ¶ Si res deposita deterior reddatur: quasi non reddita, agi depositi potest. cùm enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.

Ad §. Si res deposita.

RAT. DVB. Res quæ deterior redditur à depositario non eo minus illa ipsa est quæ deposita fuit. Nec enim deterioratio mutat speciem, sed tantum minuit valorem *l. penult. supr. de condict. tritic.* Ergo nihil facit dolo depositarius qui rem apud se depositam, quamuis deteriorem factam, talem qualis est, restituit, dummodo nec eam deteriorem fecerit, nec deteriorem fieri passus sit dolo malo.

DEC. Depositarius ad hoc tenetur, vt depositum reddat, alioquin hoc ipso facere dolo malo videtur, quod depositum poscenti non reddit, *§. est autem 22. infr. hac lege l. si procuratorem. 8. §. dolo infr. hoc tit.* Atqui res deposita quæ deterior redditur, nec reddi intelligitur: nisi præterea id quod interest præstetur. *l. 3. § si reddita infr. commod. l. qui tabulas. 42. supr. ad leg. Aquil. l. mulieris. 13. § 1. de verb. sig.* Quod enim fit deterius, ex parte perit. *d. l. penult.* vbi diximus *supr. de condict. trit.* Ergo & videri potest depositarius dolo malo rem depositam non reddere qui corruptam & deteriorem factam reddit. Quemadmodum, nec omninò exhibere creditur is qui rem deteriorem exhibet, ideóque in factum actione tenetur, quamuis ad exhibendum amplius non teneatur, *l. exhibitionis. 7. C. ad exhibendum.* Nam licet exhibuerit reuera eam ipsam rem cuius exhibitio postulabatur, non tamen satisfecit omninò æquitati exhibitionis, quia ei deteriorem exhibuit, & idcirco teneri posset actione ad exhibendum vtili si qua esset, sed quia nulla est, vt ait *lex conseruus 16 supr. ad exhib.* datur actio in factum subsidiaria, *d. l. exhibitionis.*

17 ¶ Si seruus meus deposuerit, nihilominùs depsiti habebo actionem.

Ad §. Si seruus meus. 17.

RAT. DVB. Quæcunque facti sunt, non transeunt à seruo in dominum, *l. qui heredi. 44. de cond. & demonst.* quia seruus eorum omnium capax est quæ sunt facti, *l. nec seruus 41. supr. de pecul.* Atqui contractus omnes sunt facti, nec minùs depositum, quàm cæteri. Maximè cùm perficiatur traditione quę ipsa etiam est facti, *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Ergo quod seruus reuera deposuit, non potest dici dominus deposuisse, nec proinde ex deposito serui actionem dominus habere potest.

DEC. Ex contractibus omnibus quamuis sint facti, nascuntur tamen obligationes & actiones quæ sunt iuris, & quidem ciuilis, cuius omninò incapaces sunt serui, qui non tantum ciuili iure, sed etiam prætorio pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. qui testamento. 20. §. seruus. Infr. qui testam. fac. poss. l. nullo modo. 7. ad leg. Cornel. de fals.* & ideò acquiruntur obligationes illæ & actiones domino per seruum, non tantùm ignoranti, sed etiam inuito, *l. etiam 32. de acquir. rer. dom. l. seruus vetante 62. de verb. obl.* Ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. placet. 79. de acquir. hered.* Ergo si seruus meus deposuerit, siue rem meam, siue alienam, & siue me sciente, siue ignorante, nihilominùs depositi habebo actionem, vt hîc scriptum est, & in *§. non solùm 27. & §. si seruus 30. infr. hac lege.*

18 ¶ Si apud seruum deposuero, & cum manumisso agam: Marcellus ait, nec tenere actionem, quamuis solemus dicere, doli etiam in seruitute commissi teneri quem debere: quia & delicta, & noxæ caput sequuntur. erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum.

Ad §. Si apud seruum. 18.

RAT. DVB. Manumissus tenetur ex dolo quem in seruitute commisit, *l. licet 4. C. an seruus ex suo fact. post manum. teneat.* quia & delictum & noxa caput sequitur, vt hîc scriptum est, vt in *d. l. licet* & alibi sæpe, ac proinde etiam dolus, quia dolus quoque delictum est, vt Accursius hîc notat, sicut nec delictum vllum sine dolo fit, *l. 3. de crimin. stellionat.* Atqui depositarius non tenetur nisi de dolo, id est, nisi vel dolum admiserit antequam conueniretur, vel eo saltem tempore quo conuenitur, non restituendo depositum quod ab eo reposcitur, *§. est autem 22. inf.* Ergo si apud seruum deposuero, etiam cum manumisso propter dolum agere potero.

DEC. Ex contractu inito in seruitute non potest agi contra manumissum post manumissionem *l. 1. & tot. d. tit. an seru. ex suo fact.* Atqui actio depositi nascitur ex contractu, non ex delicto aut dolo, licet non detur nisi ratione doli, *l. si hominem 7. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo si apud seruum deposuero qui postea manumissus sit, agere contra eum depositi non possum, & si agam de facto, quòd prætor forte per imperitiam actionem mihi dederit, non potest actio tenere, quæ ex iuris ratione non competit, sed intellige, nisi depositarius etiam post manumissionem habeat adhuc rem depositam, quam proinde possit restituere, tunc enim ratione præsentis possessionis conueniri potest depositi, quia & dolum committere potest non restituendo depositum, *dict. §. est autem 22. infr. & l. si procuratorem 8. §. dolo autem. infr. tit. prox.* Idque est quod Paulus scribit in *leg. si apud filiumfamilias 21.*

infr. hoc titul. In illis verbis, *Et manumissus rem teneat.* Atque ita hic locus cum illo debet conciliari, reiectis cæteris conciliationibus Accursij, qui tamen hanc quoque non prætermisit. Quod ergo sequitur in hoc §. ad alias actiones competentes recurrendum esse, si cum Accursio velis intelligere, de rei vindicatione, vel de actione ad exhibendum caue ne sic intelligas, quasi actiones illę contra manumissum exerceri possunt, non enim competunt nisi contra possessorem, *l. officium. 9 supr. de rei vindicat. l. 3. §. vlt. & passim. ad exhibend.* Si autem manumissus possideret, etiam depositi actione conueniri posset. Erunt igitur supra dictæ actiones exercendæ, contra manumissorem, aut alium quemlibet rei depositæ possessorem. Qui si etiam fur sit, & condictione furtiua, & furti actione conueniri præterea poterit, siquidem omnes hæ actiones contra furem competunt, *l. si pro fure 7. §. 1. supr. de condict. furt. §. sic itaque Instit. de action.*

19 ¶ Hæc actio bonorum possessoribus, cæterísque successoribus, & ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas, competit.

Ad §. Hæc actio. 19.

RAT. DVB. Actio depositi non alij potest competere quàm ei qui deposuit & rem depositam tradidit, cum depositum sit ex iis contractibus qui re & traditione perficiuntur, *l. 1. §. is quoque. infr. de obl. & act. §. præterea Inst. quib. mod. re contrahitur obligatio.* Atqui verum est neque bonorum possessorem, neque alios successores, qui alio quàm heredum iure succedunt, nec denique eum cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas deposuisse rem quam defunctus deposuit, quia depositum cùm à ponendo dictum sit, vt scriptum est in principio huius legis, factum designat, facta autem omnia sunt personalia, nec personam facientis egrediuntur, *l. qui heredi. 44. de cond. & dem.* Ergo depositi actio iis competere non potest, aliáque videtur esse causa heredis qui succedit ex lege duodecim tabularum in omnia defuncti iura, *l. nihil est aliud 24. de verb sig. l. heredem. 59. de reg. iur.* Nam lex duodecim tabularum eadem illa est, quæ in eum transfert iura omnia defuncti tam actiua quàm passiua, quæ alioquin morte patrisfamilias interciderent, nisi lex fictionem induceret hereditatis, quæ defuncti personam repræsentaret, vt postea transferre posset eadem iura in heredem, *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testa. liber esse iuss. fu. Iuncta l. 1. Cod. si cert. pet. l. vlt. Cod. de heredit. action. l. heres & hereditas. 22. infr. de vsucap.* At prætor non idem ius tribuit bonorum possessoribus, quia quos vocat ad bonorum possessionem, non potest facere heredes. *§. quos autem. Inst. de bon. possess.* sicut nec is cui restituta est hereditas ex Trebelliano, fit heres, sed tantum heredis loco, *l. 1. & 2. & passim. infr. ad S. C. Trebell.* quia is qui restituit hereditatem, heres nihilominus remanet. *§. restituta. Inst. de fideic. hered.* cùm quisquis heres semel fuit, semper perseueret, *l. ei qui soluendo de hered. instit.* vni autem duo esse non possint heredes, *l. quod contra 141. §. vlt. de reg. iur.*

DEC. Bonorum possessores & is cui restituta est hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano, alijque huiusmodi successores vniuersales, licet non sint heredes, heredum tamen loco sunt, & in omnibus eodem fere iure censentur, *l. 1. 2. & 3 infr. de bon. poss.* quia prætor, cuius est actiones omnes dare vel denegare, dat eis & in eos omnes actiones hereditarias, perinde ac si heredes essent. Ergo dabit illis etiam actionem depositi, quia licet depositum sit facti, obligationem tamē parit, quæ iuris est, & quæ proinde transit in vniuersales iurium omnium successores, cuiusmodi sunt bonorum possessores, & illi quibus restituta est ex Trebelliano hereditas, vnde est quod dicimus heredis appellatione omnes significari successores: *l. heredis. 170. l. bonorum. 208. de verb. sig. iunct. l. ad. hereditatis. 138 eod.* Maximè verò id obtinet in his obligationibus quæ ex contractu nascuntur, quoniam quisquis contrahit, hoc agit, vt non tantum sibi, sed etiam successoribus suis prospiciat, *l. si pactum 9. infr. de probat.* Ita vt adiectio quæ fit de heredibus, plerunque sit superuacua, vt vulgo iactari solet, ex *l. cum precario. 21. infr. de precar.* vbi tamen Venuleius de eo tractat qui precario rogauit non sibi & heredibus, sed sibi & suis. Quo nomine domesticos intelligi puto, non heredes.

20 ¶ Non tantùm præteritus dolus in depositi actionem venit, sed etiam futurus, id est, post litem contestatam.

Ad §. Non tantum. 20.

RAT. DVB. Dolus solus causam dat actioni depositi, *§. est autem. 22. infr. & l. quod Nerua. 32. hoc tit.* Atqui causa debet semper effectum suum præcedere, vt iactant philosophi. Ergo præteritus tantum dolus in actionem depositi venire debet, non etiā futurus, id est qui post litem contestatam admittitur. Quid enim ad prætorem, aut ad iudicem pertinet futuri temporis tractus, vt ex paulo scriptum est in *l. 1. §. 1. vers. Paulus notat infr. de vsur.*

DEC. Post iudicium acceptum tota causa quæ ad depositum restituendū pertinet, in iudicio versatur. Iudicij enim statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcumque in iudicio versantur, & magis earum quæ post acceptum iudicium contingunt, quā quæ ante cōtigerunt, *l. ædiles. §. item sciendū est. infr. de ædil. edict.* Ergo & si post litem contestatam depositarius aliquid in re deposita fecerit, perinde atq; propter dolum antea admissum condemnari debet. Adeóque etiamsi nullus contestationem dolus præcessisset, quia sufficit contractum præcessisse, & sententiæ tempore subesse materiam ex qua possit sequi condemnatio, vt in *l. si rem. 9. §. vlt. supr. de pignor. act. l. quæsitum 30. supr. de pecul. l. sin autem 27. §. 1. supr. de rei vind. l. 3. & l. quod si in diem 16. in princip. supr. de hered. petit.* Idque in deposito tanto magis haberre locum debet, quod, licet per actionem depositi nihil nisi dolus indicetur, actio tamen depositi non ex dolo nascitur, sed ex deposito, vt diximus ad *§. si apud 18. supr.* & nascitur ei qui deposuit statim atque deposuit, si depositarius nullum aliū dolū admiserit. *d. §. est autem. 22. infr.* Sufficit ergo contractum depositi præcessisse, vt per actionem depositi futurus quoque dolus vindicetur. Simile est quod in petitione hereditatis idem Vlpianus noster scribit in *leg. sed etsi §. si ante litem. 7. supr. de hered. petit.* Quod autem scriptum est in *d. l. 1. §. 1. de vsur.* futuri temporis tractum ad officium iudicis

iudicis nil pertinere, de eo tempore intelligendum est, quod sequitur condemnationem, non quod sequitur contestationem, & præcedit sententiam, vt constat ex *d. §. item sciendum est.*

20 ¶ Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa esset, & post iudicium acceptum recuperaretur. nihilominus rectè ad restitutionem reum compelli: nec debere absolui, nisi restituat.

Ad §. Inde scribit Neratius. 20.

RAT. DVB. Cùm res deposita sine dolo malo amissa est, omnino liberatur depositarius, ne depositi teneatur, adeo vt nec cauere debeat de ea reddenda, si ipsam recuperauerit, *l. si sine dolo. 20. infr. hoc tit.* Ergo depositi actio contra eum institui non potest, cum omnis actio præsupponat præexistentem obligationem *l. nihil aliud. 51. de obl. & act.* Ac proinde non potest ex ea actione tanquam malè instituta sequi condemnatio, cùm nemo possit agere sine actione *l. si pupilli. §. vlt. supr. 6. de neg. gest. l. quoties. 9. §. generaliter l. tutores. 39. in princip. infr. de admin. tut.* Neque ex actione malè instituta vincere. *l. vn. in fin. supr. quando dies vsusfruct. leg. cedat.* Nec si post acceptum iudicium depositarius rem recuperet quam amiserat, ideò condemnandus videtur, cùm non possit videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidit. Ideoque alia interpellatione & nouo iudicio opus est *l. non potest 2. supr. de iudic.*

DEC. Quisquis deposuit, rectè intendere potest depositũ sibi restitui debere, quãuis eo tempore res deposita sine dolo depositarij amissa sit, nec quod amissa sit, facere potest, vt eo minus teneat intentio actoris: Sed tantũ vt nihilominus absolui depositarius debeat, si nihil dolo fecerit *§. est autẽ. 22. infr.* Ergo si priusquam absoluatur, & pendente adhuc iudicio rem recuperet, perinde condemnari debet actione depositi, ac si rem ab initio habuisset, quia licet nihil dolo fecerit tum cùm litem contestabatur, nunc tamen dolo facit, qui rem depositam quam habet, & restituere posset si vellet, non vult restituere *d. l. si sine dolo in fin. l. 1. §. circa. infr. de dol. mal. excep.* Sicque argumentatur Iurisconsultus in *l. quæsitum 30. supr. de pecul.* Idemq; iuris est in rei vindicatione *l. sin autem. 27. §. 1. supr. de rei vindic.* & in petitione hereditatis *l. Item videndum. 18. §. 1. de hered. petit.* & in actione ad exhibendum *l. tigni. 7. §. penult. supr. ad exhib.* Neque verò existimandum est amissione rei depositæ sine dolo malo depositarij ita eum liberari, vt obligatio & actio depositi omnino intercidat, tenet enim quousque res deposita restituta sit. Ideoque nec simpliciter absoluendus est depositarius, sed interim duntaxat, id est, quousque rem depositam recuperauerit. Nascitur enim non quidem actio depositi, sed necessitas absoluendi interim depositarij, ex eo quod depositarius neque rem restituere possit, neque dolo fecerit quominus posset, ac proinde nascitur ex præsenti possessione, aut non possessione rei depositæ, quemadmodum de vindicatione scriptum est in *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur. supr. de iudic.* Possessionem autem illam sufficit præsentem esse tempore condemnationis, quia dolus non tantum præteritus, sed etiam futurus venit in hanc actionem, vt scriptum est in *§. præcedente.* Ex quo infertur, & sequitur quod scriptum est in hoc §. vt probant prima illa verba, *Inde scribit Neratius.* Itemque quod dicemus in *§. proximè sequenti.*

21 ¶ Idem Neratius ait, quamuis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis, tamen si antea condemnandi facultatem habeas: condemnandum te, nisi restituas: quia res apud te est. Tunc enim quærendum, an dolo malo feceris, cùm rem non habeas.

Ad §. 21. Idem Neratius ait.

RAT. DVB. & DECID. Ad hunc §. eadem ferè est quæ ad præcedentem, nisi quod in §. præcedente res deposita amissa erat tempore accepti iudicij. In hoc verò non tam ipsa res amissa erat quàm rei restituendæ facultas, horreis putà clausis in quibus res erat, videbatur ergo etiam hoc casu non posse condemnari depositarium ex ea actione, quæ contra ipsum instituta esset, quo ita rem habebat, vt tamen eius restituendæ facultatem nõ haberet. Tunc enim dolo facit depositarius cùm non restituit id quod restituere possit si velit. *§. proximo. infr. l. si procuratorẽ. 8. §. dolo autem infr. tit. prox.* Nec quod postea sint aperta horrea, & nactus ille sit restituendæ rei facultatem, videtur sanare posse actionem malè institutam. Sed decidendi ratio eadem est, quæ à nobis allata supra fuit, quòd imò verò teneat actio depositi contra depositarium etiam illo casu quo restituendæ rei non habeat facultatem, siquidem nascitur ex contractu depositi non ex depositarij dolo, de quo tum demum quærendum est, cùm depositarius rem non habet, quæ scilicet amissa, vt nimirum sciatur, an depositarius eam dolo malo amiserit nécne: Sed cùm rem habet, siue quæ aliquando amissa fuerit, siue quæ nunquam de illo duntaxat quærendum est: An eius restituendæ facultatem habeat nécne, vt si non habeat, condemnandus non sit, si verò habeat, condemnandus sit ratione doli non præteriti, sed præsentis, quia nunc incipit dolo facere, qui rem non restituit cùm possit, *d. § prox. infr.* Pendet itaque hic §. sicut & superior, ex eo quod scriptum est in *§. non tantum*, non tantum dolum præteritum in hanc depositi actionem venire, sed etiam futurum. Qui enim futurus dicitur inspecto tempore contestationis quam sequitur, idem præsens est inspecto tẽpore condemnationis, sic in actione ad exhibendum. *l. tigni. 7. §. vlt. supr. ad exhibend.* Vbi additur oportere tamen vt actoris intersit, vtroque tempore & litis contestatæ & condemnationis ei rem restitui, alioquin actio certè non teneret, si tempore litis contestatæ & dictandæ formulæ nihil eius interesset. Quod & in depositi actione & in qualibet alia obtinet.

22 ¶ Est autem & apud Iulianum libro decimotertio digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quòd reposcenti rem non reddat.[a] Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. quid enim, si in prouincia res sit: vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstiterit?

Ad §. Est autem. 22.

RAT. DVB. Videntur hæc esse contraria, vt actio depositi nascatur statim atque quis deposuit, & vt non detur nisi interueniente dolo depositarij, neque enim quisquam dolo facere credendus est hoc ipso quod depositum accipiat. Alioquin etiam condictione furtiua hoc ipso teneretur, perinde ac si dolum malum in re deposita admisisset, quod tamen non ita est *l. si quis infitiatus 13. §. 1. hoc tit.* Ergo verum esse non potest quod Vlpianus ex Iuliano hic scribit, eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere, cùm illud verissimum sit non nisi de dolo depositarium teneri, *l. vt certo. 5. §. nunc videndum supr. commod. §. si conuenit & seq. supr. hac l. & l. quod Nerua 32. infr. eod.*

DEC. Actio depositi ex ipso contractu nascitur, non ex dolo qui post contractum interuenerit, & licet non detur nisi ob dolum: attamen dolum illum ex contractu reique persecutione descendere necesse est. Ideóque datur etiam contra heredem in solidum, in quem tamen nō daretur actio de dolo, nisi de eo quod ad ipsum peruenisset, vt scriptū est in *l. si hominem. 7. §. 1. infr.* vbi dicemus. Nec ideo tamen fit vt depositarius vnquam cōdemnari possit quia tunc saltem dolo facit, cùm non restituit si possit restituere, vt scriptum est in hoc §. & in fine huius legis, & in *l. in bonæ fidei 36. in fin. supr. de pecul. l. si fundus 16. §. in vindicatione. infr. de pignorib. l. si quis rem 20. infr. de acquir. poss.* Non idem iuris est in commodato quod in deposito, vt statim agi possit commodati ad rem restituendam. Expectandum enim est, vt finitus sit vsus in quem commodatum fuit, vt Accursius bene hîc notat ex *l. in commodato. 17. §. sicut supr. commod.* In precario autem licet propius accedat ad commodatum quàm ad depositum, idem tamen iuris est quod in deposito. Adeò vt nec valeat conuentio, ne ante certum tempus rei precariæ possessio restituatur, *l. cum precario. 12. infr. de precar.*

a *Marcellus autem ait.* Scripsit Marcellus notas ad Iulianum, & quidem reprehendendi eius studio potiùs quàm interpretandi, quod & in hoc loco ab eo factum est, nam cùm Iulianus scripsisset minùs generaliter & indistinctè dolo facere depositarium qui depositū reposcenti nō reddit, monet Marcellus, quasi magnū quid & quod Iulianus aut ignorauerit, aut non viderit. Imò verò posse plerisque casibus contingere, vt depositarius depositum non reddat, nec tamen in dolo sit, nimirum si non habeat restituendæ rei facultatem condemnationis tempore, putà si cōueniatur Romæ, & res depositæ sint in prouincia, vel in horreis tum clausis, quorum tamen aperiēdorum facultas depositario nulla sit. Item si depositum factum sit sub conditione quæ nondum extiterit. Nam & sub conditione fieri potest, vt & alij contractus omnes, vt in specie *legis propter instrumenta S. C. hoc tit.* Quæ tamen adnotatio, vereor ne calumniosa sit. Nec enim ista Iulianus ignorabat, sed supponebat terminos habiles, qui semper supponendi sunt, *l. tutor 36. §. 1. sup. de iure iur. l. 1. §. vlt. ad SC. Tertullianum. l. adigere. 6. §. quamuis de iurepatrim.* Ac proinde non de aliis casibus intelligebat Iulianus quàm in quibus & restitutio rei depositæ peti posset, & facultas rei restituendæ supperteret.

23 ¶ Hanc actionem bonæ fidei esse, dubitari non oportet.

24 ¶ Et ideo fructus in hanc actionem venire, & omnem causam, & partum dicendum est: ne nuda res veniat.

Ad §. Hanc actionem. 23. & §. Et ideo. 24.

RAT. DVB. Depositum fit per traditionem rei depositæ & traditæ ea lege vt restituatur. Quemadmodum scriptum est initio huius legis, & in *l. 1. §. is quoque infr. de obl. & act. §. præterea. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Atqui per eiusmodi traditionem & aliam quamlibet certa lege factam contrahitur quoddam συνάλλαγμα, *l. iurisgentium. 7. §. 1 supr. de pact. l. Labeo. 19. supr. de verb. sig.* Ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt ibidem scriptum est, & in *l. naturalis 5. §. 1. & sequentibus. infr. de praescript. verb.* Actiones autem omnes præscriptis verbis sunt stricti iuris excepta illa quæ nascitur ex contractu permutationis & æstimatoria *§. actionū. Inst. de action.* de quib⁹ dicemus à titulo *de æstimat. act. & de rer. permut. infr.* Ergo & actio depositi, quæ & ex eodem ipso negotio, & eodem modo contrahitur, stricti iuris est, nec magis bonæ fidei esse potest quàm actio præscriptis verbis.

DEC. Quædam sunt negotia eius naturæ & conditionis quæ bonam fidem exigāt magis quàm alia, quatenus bona fides opponitur non dolo, sed stricto iuri, vt in *l. placuit. 8. C. de iudic.* Id est, quatenus sumitur pro æquitate, vt in *l. bona fides 31. infr. hoc tit.* Bonam enim fidem quatenus dolo opponitur, in omnibus contractibus etiam strictis desiderari certum est, *l. bonam fidem 4. C. de obl. & act.* Visum autem est prætori negotium depositi esse huius generis & conditionis, vt & cæteros contractus qui ab officio & amicitia originem trahant, cuiusmodi sunt mandatum, & commodatum, *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox. l. 5. §. nunc videndum. & l. in commodato. 17. §. sicut supr. commod.* Ob idque prætor non contentus actione ciuili præscriptis verbis, actionem depositi edicto suo introduxit *§. 1. huius leg.* quæ esset bonæ fidei *§. actionum 28. Instit. de action.* Ac proinde pleniores haberet præstationes, illa siquidem præcipua differentia est inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Quòd in actionibus bonæ fidei latior, & laxior sit potestas iudici, æstimandi omnia ex bono & æquo, propter verba illa, Ex bona fide, quæ addebantur in fi. non etiam in

etiā in actionibus stricti iuris, præsertim verò quod pertinet ad accessiones, putà ad vsuras & fructus & partus, veniunt enim hæc omnia in actionibus bonæ fidei ex die moræ *l. 1. l. mora 31. §. in bona fidei. l. iure 34. l. videamus 38. §. in cæteris & passim. infr. de vsur. iuncto §. in bona fidei 30. Inst. de action.* Ideòque bene Vlpianus in hoc §. ex eo quod dixit hanc actionem depositi bonæ fidei esse. Infert ergo & fructus & partus & omnem causam in hanc actionem venire, scilicet ex die moræ, vt diximus, quam contrahi necesse est per interpellationem factam congruo loco & tempore *d. l. mora. l. Titia Seio. 87. §. vsuras. de leg. 1.* Nam & in contractibus strictis perinde venirent fructus partus, & omnis causa, ex die litis cōtestatæ *l. 2. & d. l. videamus §. si actionem de vsur.* vsuræ tamen nunquam, vt contra interpretum nostrorum errorem scripsimus initio Chiliadis nostræ de error. pragmat. Veniunt tamen hæc omnia in hanc actionem officio iudicis non iure obligationis. *l. 4. C. hoc tit. l. qui per collusionem. 49. §. 1. Infr. de actio. empt.* Neque enim qui deposuit ancillam, aut quid aliud etiam partus & fructus & causam omnem deposuisse videri potest, quā ponimus superuenisse ex post facto, cùm depositi obligatio quæ re contrahitur, nō possit extendi vltra id quod reuera depositum est; tot euenit in cæteris contractibus omnibus qui re perficiuntur *l. si tibi. 17. supr. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi. supr. de reb. cred. l. cum vltra 9. C. de non num. pec.* Nuda ergo res deposita venit in obligationem depositi, id est, sine fructibus vel vsuris, sed non venit nuda in actionem depositi, quoniam actio inducit officium iudicis, officium autem iudicis facit pleniores præstationes.

25 ¶ Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi: etiam si sine dolo malo postea perierit: teneri te depositi: quia semel dolo malo fecisti, cùm venderes.

Ad §. Si rem depositam. 25.

RAT. DVB. Qui rem depositam vendidit, eāque postea redemit in causam depositi, id est, vt eā haberet quasi depositam, quomodo ante habebat; videtur in eadem causa & eodem iure eam habere quo habebat antequam amisisset *l. 4. §. item Labeo. infr. de vsucap.* Vbi dicitur perinde ab eo tempore posse rem illam vsucapi, atque si furtiua nunquam fuisset, cùm in domini potestatem reuersa sit. *l. ex hoc 8. §. si quis alienauerit. supr. de alienat. mutand. iudic. caus. fact.* Ergo etiamsi postea res illa perierit apud depositarium, dummodo sine ipsius dolo malo, nō potest teneri depositi, quamuis antea potuerit conueniri propter dolum ab eo admissum, cùm rem illā venderet quasi priore dolo malo satis purgato, cùm non nisi propter dolum depositarius teneatur *§. antepenult. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.*

DEC. In actionem depositi venit omnis dolus siue præteritus siue futurus *§. non tantum 19. supr.* Atqui in proposita specie negari non potest, quin dolus admissus sit à depositario, cum rem depositam inscio deponente vendiderit & tradiderit, atq; ita contrectauerit: non enim dolus tātum, sed etiā furtum hoc modo committitur vt venit etiam in re pignorata & commodata *l. si pignore 54. in princip. & §. 1. infr. de furt.* Ergo propter dolum illum quē fecit depositarius in re deposita vendenda rectè cōuenietur depositi, quanquam nec necesse esset ad præteritum illum dolum recurrere, vt depositi actio daretur, quandoquidem sufficeret præsens dolus qui ex eo induci potest quod depositarius, recuperata re deposita & habens nunc restituendæ eius facultatem, non vult tamen restituere. *§. est autem 22. supr. & l. si procuratorem 8. §. dolo autem inf. tit. prox.* Sed si res deposita, post quam recuperata est, perierit quæ huius §. species est, nihilominus tenetur depositarius eadem actione depositi ac si res extaret, idq; ratione præteriti doli duntaxat, non etiā præsentis, qui nullus esse potest re perempta, & hoc demum casu necessario quærendum est an dolo malo aliquid depositarius antea fecerit, cùm rē non habeat, vt scriptum est in *§. Idem Neratius 21. in fin. supr.* Et si enim regulariter non tenetur depositarius vltra dolū, *l. qui furtum. 16. in fi. supr. de condict. furt.* In proposito tamen tenetur etiam de casu fortuito propter dolum præcedentem, cum sola mora sufficeret ad periculum in eam transferendū etiam ex contractu stricto *l. si ex legati 23. & sequenti. infr. de verb. obl.* Multo magis ex contractu bonæ fidei, nec videri potest purgatus dolus præcedens ob id solum quod depositarius rem recuperauerit, cum oblatio fuerit necessaria ad purgandam morā etiam quæ sola & citra dolum interuenisset. *l. si seruum 91. §. sequitur. infr. de verb. obl. l. qui decem 2. in princip. & §. 1. de solu.* Quanto magis in proposita specie in qua non solum dolus admissus, sed etiam furtum factum fuit, cuius ratione cœpit depositarius teneri condictione quoque furtiua. *l. si quis inficiatus. 13. §. 1. infr. & d. l. qui furtum,* quam condictionem furtiuam certum est non posse tolli nisi per oblationem aut nouationem *l. parui refert. 16. & l. vlt. eod. tit. de condict. furt.* & hoc est quod ait hic *§. quia semel dolum fecisti cùm venderes.* Semper enim & moram & dolum facere fur creditur in restituenda ea re quam nec debuit auferre, nec vendere, vt scriptum est in *d. l. vlt. & in l. in re furtiua. 8. §. 1. eod. tit.* Nec video cur Accursius hic distinguat an depositarius furtum faciat vtendo re deposita, vel eā vendendo, nisi quod furtum non fieret sola venditione si traditio & contrectatio non sequeretur, ex qua scilicet furtum æstimatur, nec sane improbabile est eum casum tractari hic ab Vlpiano, cum nullam condictionis furtiuæ mentionem faciat, sed tantùm actionis depositi, quæ non semper comitē habet condictionem furtiuam, *d. l. si quis inficiatus §. 1.* & quæ contenta est dolo depositarij etiam citra furtum, non enim sicut furtum non fit sine dolo, ita nec dolus sine furto esse non potest, & alia quæstio est quæ tractatur in *d. l. 4. §. item Labeo. de vsucap.* An sufficiat rem depositam cuius furtum depositarius ipse fecerit ab ipso depositario recuperatam fuisse, vt in domini potestatem rediisse videatur, quod ita esse Paulus eo loco scribit, sed quantum ad hoc vt possit vsucapi, at non etiam vt dolus purgatus videri possit. Iunge *l. quidam 10. infr. de fideicom. libert. l. 1. §. rectissimè 34. l. si vi 15. & l. penult infr. de vi & vi arm.*

26 ¶ In depositi quoque actione in litem iuratur.

Ad. §. In depositi. 26.

RAT. DVB. Iuramentum in litem introductũ est ea potissimum ratione, quod æquum non sit dominum, cui rei suæ restitutio denegatur, cogi eã vendere iusto pretio, quod tamen fieret, si non ipsius domini arbitrio pretium statueretur, nec cõtumacia possessoris vltra rei pretium æstimaretur *l. 1. l. tutor. 8. supr. de in litem iur. l. si filiofamilias 25. §. 1. infr. solut. mat. l. non enim 9. rer. amot.* Atqui actio depositi in personam tantum est, non in rem, nec in ea de dominio aut possessione contenditur, sed tãtum de rei depositæ restitutione, quæ res aliena esse potest, cùm etiam rei alienæ depositum valeat *l. bona fides 31. §. incurrit. infr. hoc tit.* Ergo in actione depositi cessat ratio iurandi in litem.

DEC. In omnibus bonæ fidei actionibus in litem iuratur *l. in actionibus. 5. supr. de in lit. iur. l. 3. §. in hac commod.* Atqui actio depositi bonæ fidei est. *§. actionum 28. Inst. de action.* Ergo & in ea iuratur in litem, sed ita tamẽ si depositi agat dominus qui rem propriam deposuerit, non alius qui alienam, vt scilicet ratio supra dicta, quæ iusiurandum in litem induxit, locum habere contra depositarium possit. Quemadmodum in actione furti dicimus iurari in litem, *l. cùm furti 9. de in litem iur.* Sed ita demum si actio furti iure dominij deferatur non iure tantum eius quod interest, quomodo Papinianus loquitur in *l. si vendidero. 8. §. 1. infr. de furt.* Sed hoc ipsũ quoque sic rursus intelligẽdum est, vt in depositi actione directa iuretur, non in contraria, vt benè notat Accursius: nam in actione directa agitur de fide rupta. In contraria verò non nisi de indemnitate. *l. ei apud quem 5. infr. hoc tit.* Et de calculo, vt ait *lex. furti 6. §. vlt. supr. de his qui not. infam.* Meritò autẽ dicimus in actione depositi in litem iurari, cùm in eam nihil veniat nisi dolus *l. qui furtum. 15. in fin. supr. de condict. furt.* ob dolum autem solùm iusiurandum in litem defertur. *d. l. in actionibus.* Planè si quis rem alienam deposuerit, aget quidem depositi, si dolo malo depositarij res non restituatur, sed non eo magis iurare in litem poterit, quia non ideo re sua carere cogitur, quæ tota deferendi in litem iurisiurãdi æquitas & ratio est, vt diximus. Ergo quanti actoris ob eam causam interterit officio iudicis non per iusiurandum in litem æstimari oportebit, vt euenit in actione ex empto si res vendita non tradatur *l. si cùm fundum 68. §. vlt. infr. de contrah. empt. l. si traditio. 4. C. de act. empt.* quia nimirum res empta priusquam sit tradita nec fuit vnquam nec adhuc est emptoris.

27 ¶ Non solùm si seruus meus: sed & si is, qui bona fide mihi seruit, rem deposuerit: æquissimum erit, dari mihi actionem si rem ad me pertinentem deposuit. 28 ¶ Simili modo, & si vsumfructum in seruo habeam: si id, quod deposuit, ex eo peculio fuerit, quod ad me pertinebat: vel res mea fuerit: eadem actione agere potero.

Ad §. Non solùm 27. & ad §. simili. 28.

RAT. DVB. Per liberam personam nihil nobis acquiri potest, excepta causa possessionis. *l. 1. C. per quas person. nobis acquir.* Ergo quamuis si seruus meus deposuerit, acquiratur mihi actio depositi etiam inuito, per seruum. *l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. obl.* Quia scilicet in persona ipsius serui consistere acquisitio non potest, nequidem momento vno temporis, *l. placet. 79. de acquir. hered.* Si tamen homo liber sit qui rem meam deposuit, dicendum videtur ei non mihi acquiri actionem depositi, cùm sit ipse acquisitionis capax, & depositũ fiat per traditionẽ quæ facti est *l. consilio. 7. §. vlt. Infr. de Curat fur.* quæ autem sunt facti ad alium trãsire non soleant, nequidem à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condict. & demonst.* Quanto igitur minus ab homine libero in bonæ fidei possessorẽ qui non est dominus?

DEC. Seruus bona fide possessus à non domino acquirit tamen possessori ex duabus causis, scilicet cùm vel ex operis suis, vel ex re possessoris acquirit *l. acquiruntur. 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. dom.* Ergo cum seruus alienus quem bona fide possideo, rem aliquam deposuit, siue meã, siue ad me pertinentem, id est, quam habere me intersit mea, puta si mihi ab alio fuerit commodata vel pignori data vel locata, actio depositi acquiri mihi debet tanquam ex re mea. Idemq; iuris est si depositum factum sit à seruo in quo vsumfructum habeam, nam & hic acquirit mihi ex re mea, vel ex operis suis, *d. l. acquiritur. §. de his, & Inst. tit. per quas pers. nob. acquir.* Itaque dubitandi & decidendi ratio in hoc casu eadem est quæ in superiore, nec quod depositũ facti sit, efficere potest, quominus mihi ex contractu serui acquiratur obligatio & actio depositi quæ est iuris.

29 ¶ Item si seruus hæreditarius deposuerit: heredi postea adeunti competit actio.

Ad §. Item si seruus. 29.

RAT. DVB. Hereditas non heredis, sed defuncti personam repræsentat, *l. hereditas enim 34. de acquir. rer dom l non minus 31. §. 1. de hered. inst.* Ergo si seruus hereditarius deposuerit, non potest depositi actio acquiri heredi, quamuis postea adeunti, cùm depositi tempore dominus non fuerit. In contractibus enim quoties quærimus cui actio acquiratur, contractus tempus inspiciendum est, *l. si filiusfamilias 78 de verb. oblig. l. quæ legata 18. de reg. iur. & §. prox. infr.*

DEC. Quicquid acquirit seruus, acquirit domino, *l. acquiruntur 10. in princ. & §. 1. & passim de acquir. rer. dom. & Inst. per quas pers. nob. acquir.* Atqui hereditas personam domini sustinet, *l. cùm hereditas 9. C. hoc tit.* Ergo si seruus hereditarius aliquid deposuerit, actionem depositi acquirit hereditati, *l. qui à seruo 16. infr. de obl. & act.* Atqui quicquid acquiritur hereditati, necesse est vt acquiratur heredi quandocunque postea adeunti, quia transfundit hereditas in heredem quicquid fuerat hereditatis, *l. 1. §. Scæuola infr. qui test. lib. esse iuss est.* definit enim esse hereditas per aditionem heredis, ideóque dicimus hereditatem & heredem vnius personæ vicem sustinere, *l. heres & hereditas 22. de vsucap.* Ergo si seruus hereditarius deposuerit, acquiretur depositi actio per hereditatem heredi.

Ad §. Si

30 ¶ Si seruus deposuit: siue viuat, siue decesserit: vtiliter dominus hac actione experietur. ipse autem seruus manumissus non poterit agere, a sed & si fuerit alienatus, adhuc ei competit actio: cuius fuit seruus, cùm deponeret. initium enim contractus spectandum est.

Ad §. Si seruus. 30.

RAT. DVB. Depositi actio acquiritur ei ipsi qui deposuit, cùm nascatur ex contractu deponentis, si modo nihil impediat quominus possit agere. Atqui conseruus meus qui deposuit, manumissus est ante restitutionem depositi, vtrunque verum est & depositam ab eo rem fuisse & agere illum posse cùm sit manumissus. Ergo ei danda est actio depositi, non mihi.

DEC. Non potest depositi agere nisi is cui obligatio depositi ex contractu depositi acquisita est, cùm actio ex obligatione nascatur, sicut obligatio ex contractu *l. 1. de obl. & act. l. licet. 42. §. ea obligatio. supr. de procur.* Atqui ex contractu serui qui rem deposuit, obligatio non potuit acquiri seruo, sed mihi soli tanquam domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio obligationis in eius persona cõstiterit. *l. placet. 74. de acquir. heredit.* Ergo nec actio depositi acquiri ei potuit, alioqui necesse esset eum agere sine actione qui ageret sine obligatione, quod tamen fieri non posse constat, *l. si pupilli 6. §. vlt. D. de neg. gest. l. si quid possessor. 31. §. penult. supr. de hered. pet. l. tutores 39. in princip. de adm. tut.* Nec proinde ad rem facit quod hic seruus sit manumissus, cùm non habeat actionem, idque est quod dicimus ex contractibus serui quos iniit in seruitute neque agere illum, neque conueniri post manumissionem posse, *l. 1. 2. & pass. C. an seruus ex suo fact. post manum. ten.* Incipit enim seruus caput & statum habere duntaxat post manumissionem, *l. 4. supr. de cap. minut.* cùm antea pro nullo haberetur, & ciuili iure & prætorio *l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui testam. fac. poss. l. nullo modo. 7. ad leg. Cornel. de fals. l. quod attinet 31. de reg. iur.*

a *Sed etsi fuerit alienatus.* RAT. DVB. Cùm quæritur cui actio competat, non aliud tempus inspici conuenientiùs potest, quàm quo agitur, sicut in cæteris ferè omnibus causis solemus inspicere tempus litis contestatæ *l. 2. infr. de vsur. l. vinus 22. supr. de reb. cred. l. vlt. supr. de cond. trit. l. hominem 37. infr. tit. prox.* Ergo si seruus deposuerit qui meus erat tempore depositi, nunc autem alienatus est, actio depositi danda videtur non mihi qui in illo seruo nihil amplius iuris habeo, sed nouo domino.

DEC. Is demum agere depositi potest cui obligatio depositi acquisita est, vt diximus *ad §. præcedentem.* Atqui in proposita specie depositi obligatio mihi acquisita est, qui eo depositi tempore eram dominus. Ergo & mihi actio depositi danda est, semper enim concomitatur obligationem actio, nec aliter scire possumus quis possit agere, quàm si sciamus cui obligatio quæsita sit: obligatio autem quę ex contractu acquiritur, etiamsi cõditionalis esset, non alij tamen acquiri potest, quàm ei qui contractus tẽpore dominus fuit. Idq; est quod Vlpianus hic scribit initium contractus spectandum esse quod & scriptum est in *l. si filiusfamilias 78. de verb. ob. & in l. qua legata 18. de reg. iu. l. si tantum. 12. de S. C. Maced. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. iuncta l. quacunq; 11. de ob. & action.* Quod autem initio huius §. scribitur *Si seruus deposuerit, siue viuat, siue decesserit; vtiliter dominum hac actione experiri* illud ipsum est, quod iam Vlpianus scripsit in *§. si seruus meus. 17. supr.* Vbi rationem dubitandi & decidendi attulimus. Et ex quo loco apparet actionem hic depositi quæ datur domino directam esse, non vtilem, & ideo dictionem vtiliter, qua hic Vlpianus vtitur, accipiendam esse pro efficiter, vt bene Accursius interpretatur.

¶ 31 Si duorum seruus sit, qui deposuit: vnicuique dominorum in partem competit actio depositi.

Ad §. Si duorum. 31.

RAT. DVB. Cùm seruus duorum deposuit, verum est vnum duntaxat esse depositum & vnam personã, quæ deposuerit, & depositi causam indiuiduam esse sicuti cæterorum ferè omnium contractuum, cùm essentiæ rerum sint indiuisibiles, vt aiunt Philosophi, præsertim verò si vna tantum res sit deposita & consequenter indiuisa. Ergo etiã si plures domini sint, nõ tamen potest vnicuiq; eorum in partem competere actio depositi, sed potiùs singulis insolidum.

DEC. Seruus communis sic omnium est nõ quasi singulorum totus, sed pro partibus indiuisis, vt intellectu magis partes habeant quàm corpore, quomodo scriptum est in *l. 5. infr. de stipul. seru.* Ergo si seruus duorum rem aliquam deposuerit, necesse est, vt depositi actio, quæ seruo acquiri non potest, per eum acquiratur dominis in partes, id est pro dominicis portionibus, non in viriles, quia cùm acquisitio fiat iure dominij, fieri non potest vt non sequatur partes dominicas *l. proinde 7. eod. tit.* quæ quidem seruus communis duorum seruorum personas sustinet *l. 1. §. communis seruus. eod.* Perinde ergo est cùm seruus Titij ac Sẽpronij deposuit, ac si duo serui vnus Titij, alius Sẽpronij deposuissent. Quo casu nemo dubitaret, quin iure dominij singulis dominis acquisita fuisset depositi actio.

32 ¶ Si rem à seruo depositam Titio, quem dominum eius putasti, cùm non esset, restituisses: depositi actione te non teneri, Celsus ait: quia nullus dolus intercessit, a cum Titio autem, cui res restituta est, dominus serui ad exhibendum aget. sed, si exhibuerit, vindicabitur, si verò cùm sciret esse alienum, consumpserit: condemnabitur, quia dolo fecit, quo minùs possideret.

Ad §. Si rem. 32.

RAT. DVB. Non potest liberari debitor etiamsi soluat, vel restituat quod debet, nisi soluat aut restituat vero creditori, aut veri creditoris vero procuratori, *l. creditoris. 8. Cod. de cond. indeb. l. vero procuratori 12. in princip. infr. de solut.* Atqui cùm seruus deposuit, acquiritur actio depositi domino, *§. si seruus meus 17. & §. prox. supr.* Ergo non potest contingere liberatio, si depositarius rē depositam alij restituat, quàm ei qui fuerit serui dominus: Adeò vt nec sufficiat dominum illum esse quo depositum restituitur, nisi fuerit & eo tempore quo contractum, *§. si seruus deposuit, 30. supr.* Nec error depositarij putantis Titium esse dominum qui non erat, nocere debet domino, vt adimat ei actionem iam quæsitam, *l. Granius 7. §. penult. infr. de fideiuss.*

DEC. Depositarius non tenetur actione depositi ad restituendam rem quam non habet nisi dolus eius interuenerit, *§. Inde scribit 21. vers. Idem Nerat. supr. l. qui furtum, 16. in fi. de cond. furt.* Atqui nullus est dolus depositarij qui rem à seruo depositam restituit ei quem dominum serui esse credidit quamuis per errorem dummodo bona fide id fecerit. Error enim qui bonam fidem parit, semper à dolo excusat, cui nihil tam contrarium est quàm bona fides, *l. 3. in fin. infr. tit. prox. l. si dolo 5. C. de rescind. vend.* Ergo liberatur ab actione depositi etiam quod ad verum dominum, qui cùm actionem exerceat quasi sibi quæsitam ex persona serui, recusare non debet, quominus ea vtatur suis conditionibus, quarum præcipua illa est, vt non possit competere nisi interueniente dolo, vt diximus. Nec nouum est, vt bonæ fidei ratio prosit ad liberandum debitorem, etiamsi non vero creditori soluerit, vt in *l. si vrbana. 55. supr. de cond. indeb. l. qui hominem 34. § si Titium. l. si quis seruo 18. l. filia 88. de solut.* Fit enim hoc non tam propter errorem quàm propter bonam fidem soluentis, quamuis illa ex errore proficiscatur.

a *Cum Titio autem.* RAT. DVB. Titius neque cum seruo qui deposuit, contraxit, neque cum ipsius domino. Ergo conueniri Titius à domino serui non potuit, maximè verò actione depositi quæ nascitur ex contractu.

DEC. Actio ad exhibendum, de qua hic versiculus intelligi debet, datur omnibus quorum interest, & aduersus omnes qui restituendæ rei habent facultatem *l. 3. §. sciendum, & §. vlt. cum l. seq. supr. ad exhib.* Atqui interest veri domini restitui sibi rem quam seruus eius deposuit, & Titius qui eam à depositario accepit restituendæ ipsius habet facultatem. Ergo actionem ad exhibendum serui domino contra Titium dari æquum est, *l. 1. in fin. Cod. hoc tit.* Vt nimirum si exhibeatur, habeat dominus vendicandæ eius facultatem. Id enim est quod sequitur in textu. *Sed si exhibuerit, vindicabitur,* propterea quod actio ad exhibendum sit præparatoria vindicationis, *l. 1. supr. ad exhibend.* Quid ergo si rem illam Titius exhibere non possit, forte quod eam consumpserit, distinguēdum est, an sciuerit alienam, an ignorauerit, vt si sciuerit & consumpserit, teneatur ad exhibendum, perinde ac si possideret, quia dolo fecerit quominus possideret, & dolus pro possessione est, *l. qui dolo 131. de reg. iur.* At si alienam ignorauerit, atque ita bona fide consumpserit, consequens est, vt absolui debeat ab actione ad exhibendum, cùm neque possideat, neque dolo fecerit quominùs possideret, *l. si ad exhibendum. 8. & passim supr. ad exhib.*

33 ¶ Eleganter apud Iulianum quæritur: si pecuniam seruus apud me deposuit, ita vt domino pro libertate eiusdem: egoque dedero: an tenear depositi? & libro decimotertio digestorum scribit: si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositum, téque certiorauero: non competere tibi depositi actionem: quia sciens recepisti: careo igitur dolo. Si verò, quasi meam, pro libertate eius numerauero: tenebor. quæ sententia vera mihi videtur. hic enim non tantùm sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit. aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.

Ad §. Eleganter. 33.

RAT. DVB. Quod seruus alicuius deposuit, repetere dominus potest per actionem depositi perinde ac si deposuisset, *§. si seruus meus & alias sequentibus. supr.* ac proinde qui depositum accepit, obligatur domino serui. Ergo si pecuniam seruus tuus apud me deposuerit, ita vt tibi pro libertate eius darem, egoque dedero, dicendum videtur indistinctè me liberari ab actione depositi, cum eam ipsam pecuniam quæ apud me deposita erat, tibi numerauerim.

DEC. Multum interest, an pecuniā quam seruus tuus apud me deposuit, tibi numerauerim, quasi apud me depositam & ob hoc ipsum vt eum manumitteres, teque de ea re certiorauerim, an verò quasi meam, priore casu si sciens receperis, non potest tibi competere actio depositi, cùm eam ipsam pecuniam quæ tibi actione depositi debebatur, acceperis. Nec ad rem pertinet, quòd eam tibi dederim pro libertate, & quasi in pretium libertatis, si certo pretio æstimari libertas posset, quanquam enim ita ius est, vt quoties suos nummos accipit creditor, non contingat debitori liberatio, *l. si mandauero 22. §. si mandauerim in fine infr. tit. prox.* Non tamen videri possum id fecisse dolo malo, cùm & te certiorauerim dare me illam pecuniam pro serui tui libertate, hoc enim sufficit non vt pecunia illa pro serui tui pretio ad te peruenisse videatur, cùm tua scientia facere nequeat, vt eo magis pecuniæ dominium in te translatum dici possit, sed vt dolo caream, non enim decipitur nisi à seipso qui sciuit, *l. nam si sit 26. supr. de rei vind. l. 1. in fin. infr. de act. empt.* Vt autem depositarius ab actione depositi liberetur satis est si nullus ei dolus imputari possit, cùm de dolo tantùm teneatur *§. proximo supr.* Posteriore autem casu, id est, si pecuniam à seruo tuo apud me depositam tibi pro libertate eius numerauero, non quasi depositam, sed quasi meam, tenebor nihilominus depositi, quia verum est me non solùm sine dolo malo non reddidisse pecuniam depositam, sed nec vllo modo reddidisse, cùm longè aliud sit reddere, aliud verò quasi de suo dare; quamuis eadem

de ipsa nummorum corpora quę deposita fuerunt, probentur à me data, quandoquidem non ea dedi quasi ea ipsa, sed quasi alia quælibet, cùm recipiant functionem in suo genere *l. 2. §. mutui datio. supr. de reb. credit. iuncta l. si paterfamilias. 15. §. qui duos. supr. de adopt.* Et quamuis verbum *Reddendi* habeat & per se dandi significationem *l. verbum reddendi de verbor. sig.* non tamen similiter dici potest, eum, qui dat quasi de suo, videri reddere quod habet ex alieno. Et hoc est quod Bart. ad hunc §. notat, eũ qui quasi de suo soluit, non videri depositum reddere. Quod nō satis benè videtur percepisse Accurs. qui posteriorem hanc distinctionis partem non aliter veram esse putat, quàm si pecuniam tibi à me solutam consumpseris, vt per consumptionem quasi soluta pro libertate videatur, ex *l. non omnis 19. §. vlt. supr. de reb. cred.* Non etiam si adhuc extet, quasi petere nō possit actione depositi quod iam habeas. Nam imò verò hoc ipsum est quod Iulianus suo more, & eleganter obseruauit, hoc posteriore casu licet eadem corpora nummorum, quæ apud me deposita fuerant, tibi numerauerim, nō ideo tamē viderime tibi depositum reddidisse, quia nō numeraui quasi depositam, sed quasi meam. In quo sanè mirum est plus posse meam opinionem, quam rei veritatem, ad impediendam liberationem, nam ad eam inducendam, quod fit priore casu, concurrit opinio mea cum rei veritate, reddente me tibi eam ipsam pecuniam quasi depositam, quæ reuera deposita apud me fuit.

34 ¶ Si pecunia apud te, ab initio, hac lege, deposita sit: vt, si voluisses, vtereris: prius, quàm vtaris, depositi teneberis.

Ad §. Si pecunia. 34.

Rat. Dub. Rei depositæ nec proprietas, nec possessio transfertur in depositarium *l. licet 17. §. 1. infr. hoc tit.* Ideoque debet depositarius reddere id ipsum quod accepit non tantumdem, alioquin egreditur hæc conuentio notissimos depositi terminos, vt eleganter Papinianus loquitur in *l. Lucius Titius. 24. eod. hoc tit.* propius enim accedit ad mutuum quā ad depositum *l. 2. in princip. sup. de reb. cred.* Ergo si pecuniam apud te deposuerim hac lege ab initio adiecta, vt si velles ea vtereris, non potes teneri actione depositi, etiam si pecunia vsus non sis, quia conuentiones ab initio dant legem contractibus *§. si conuenit. 6. sup. hac leg.* Nec potest depositi actio locum habere vbi non tam depositum quam mutuum cōtractum esse intelligitur: nō enim contractus nominati actionem alterius nominis parere possunt.

Dec. Cùm de nomine & iure contractus quæritur, initium semper inspiciendum *§. si seruum deposuit 30. supr. hac leg. l. non tantum 12. supr. de Senatuscons. Macedon. l. si Procuratorem, 8. in princip. infr. tit. prox.* Atqui ponimus depositum ab initio contractum fuisse non mutuum, quamuis ea lege adiecta, vt pecunia vti posses si velles. Ergo quamuis pecunia vti possis, atque ita efficere vt ex deposita fiat quodammodo mutua: attamen quandiu pecunia vsus non es, depositum manet, verumque est habere te pecuniam meā ex causa depositi, nec dominium merum in te translatum fuisse. Ergo & depositi actio durat, vt ea ipsa nummorum corpora, quæ accepisti, cogaris mihi reddere, nec inutilis tamen est conuentio, quia facit vt pecunia deposita vtendo furtum non admittas, quod alioquin admitteres. Quemadmodum si pignore aut re commodata in alios vsus, quàm in quos commodata est, vtereris. *l. si pignore. 54. infr. l. qui iumenta 40. de furt. §. furtum autem fit. Inst. de ob. quæ ex delict. nasc.* Aliud est vt benè Accurs. notat, si postea & ex interuallo permiserim tibi vti pecunia deposita: tunc enim sola conuentionis potestate fit mutua, prius etiam quam moueatur, id est quam ea vti cœperis, quia hoc ipso videris incipere animo possidere atque ita, cum possessione dominium quoq; tibi acquirere, quod manente contractu depositi fieri potest *l. certi condictio 9. §. vlt.* cum lege sequenti *supr. de reb. cred.*

35 ¶ Sæpe euenit, vt res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur, vt puta, si hoc nominatim conuenit.[a] sed & si quis se deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositum alligasse, ne tamen, vt non solùm dolum, sed etiam culpam, & custodiam præstet, non tamen casus fortuitos.

Ad §. Sæpe euenit. 35.

Rat. Dub. Periculum casus fortuiti spectat ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus. 9. C. de pig. act. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Atqui dominium rei depositæ non transit in depositarium, vt ad superiorem dicebamus *§. ex l. licet 17. §. infr. hoc tit.* Ergo periculum rei depositæ nullo casu pertinere ad depositarium potest, nec si ita expressim conuenerit, cum non possit facere conuentio, vt eò magis dominium transeat in depositarium.

Dec. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt. *§. si conuenit. l. contractus. l. in conuentionalib. Inf. de verb. oblig.* Ergo quāuis nōn sit ex natura depositi, vt depositarius periculū præstare debeat, si tamen ita nominatim conuenerit, seruanda cōuentio est, quia neq. cōtra bonā fidē, neq. cōtra bonos mores est *d. §. si cōuenit. & §. seq.* Imò nihil magis ex bona fide est quàm pacta seruari *l. 1. supr. de pecun. const.* Item quia depositum non nudo consensu aut verbis aut literis contrahitur, sed re, id est, traditione *l. 1. §. is quoque infr. de ob. & act.* In traditionib. autem rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere debet, *l. in traditionibus. 48. supr. de pact. l. venditor 13. supr. com. prad.* quia is qui rem suam tradidit, credendus est non aliter fuisse traditurus, aut contracturus. *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*

a *Sed & si quis.* Rat. dub. Quamuis ille qui depositum suscipit vltro se offerat, non eo minus tamen verum est præstari ab eo fidem & diligentiam amico qui rem ei custodiendam tradit, tāto que dignior videtur cui faueamus ne periculum rei depositæ præstare teneatur, quod maiore beneficio amicum deuinxit vltro se offerendo, quàm si rogari se expectasset. Ergo non ob id solum quod deposito custodiendo se obtulerit, durior eius conditio fieri debet, vt & periculum & custodiam & culpam etiam leuem præstare teneatur, cum cæteri depositarij non nisi de dolo aut ad summum

lata culpa teneantur *d. §. si conuenit & sequenti & l. quod Nerua 32. infr hoc tit.*

D e c. Non alia causa est propter quam depositarius neque periculum neque culpam leuem præstare debeat, quàm quia imputare sibi debeat is qui minus diligentem amicum eligit, eique rem suam custodiendam tradit, *d. l. 1. §. is quoque de ob. & act. §. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Atqui ratio hæc cessat in eo depositario qui vltrò se obtulit, nec expectauit vt ab amico eligeretur, cũ fortè alium lecturus fuisset amicum, & quidem diligentiorem, si non hic fidem suam & diligentiam obtulisset, sibi ergo imputet qui facto suo se periculo depositi illigauerit, vt Vlpianus ex Iuliano hic scribit, adeò vt non modo periculum præstare debeat, sed etiam culpam nec tantum leuem, verum etiam leuissimam, vt Bartolus hic benè interpretatur. Id enim demum est quod Vlpianus hic ait debere illum præstare custodiam, quamuis non eo minus verum sit hoc quoque casu depositum contrahi fauore solius deponentis, quæ ratio facere deberet, & vero faceret, vt depositarius non nisi de dolo & lata culpa teneretur, si non se vltro obtulisset, sed tamen non vsque adeò rigidè & amarè cum huiusmodi depositario agendum est, vt etiam de casu fortuito teneri debeat, quem certè à nemine præstari æquum est, si non expressa conuẽtione se in id adstrinxerit *d. l. contractus in fi. l. à procuratore. 13. C. mand.* Sic dicimus deteriorem esse cōditionem procuratoris qui se liti obtulit, quam eius qui inuitus litem suscepit, *l. si se non obtulit. 4. infr. de re iudic.* quia semper imputari potest ei qui se ad aliquid faciendum offert, cùm nō cogeretur, cùm se ipsum arctauerit & in eam necessitatem congesserit. *l. 2. §. si quis tamen supr si quis cautionibus, & l. si fideiussor. 7. §. 19. qui sat. dar. cogantur.*

36 ¶ Si pecunia in sacculo signato deposita sit, & vnus ex heredibus eius qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram prætore, vel interuenientibus honestis personis, & exsoluenda pro parte hereditaria. sed etsi resignetur, non contra legem depositi fiet, cùm vel, auctore prætore vel honestis personis interueniẽtibus hoc euenerit, residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit, sigillis videlicet prius ei impressis vel à prætore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt, vel, si hoc recusauerit, in ædẽ deponendo. Sed si res sunt, quæ diuidi nō possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea à petitore ei præstanda in hoc quod supra eius partem est, satisdatione autem non interueniente, rem in ædẽ deponi, & omni actione depositarium liberari.

Ad §. Si pecunia 36.

R a t. D v b. Cùm pecunia in sacculo signato deposita est, videtur contractum esse depositũ rei indiuiduæ, nec enim sacculus signatus diuidi potest, cum & signum ipsum sit indiuiduum *§. si cista infr. hac leg.* Atquin in deposito rei indiuiduæ ita necessario obseruandum est, vt vni ex heredib. illius qui deposuit, tota res restituenda sit, vt sequitur in hoc *§. l. si stipulatus sum mihi. §. si lancem. infr. de solut.* Nec enim potest diuidi obligatio eius rei quæ indiuidua est, ne quidẽ per legem duodecim tabularum *l. heredes 25. §. an ea stipulatio suprà famil. herciscund.* Ergo si pecunia in sacculo signato deposita sit, & is deposuit plurib. relictis heredib. decesserit, vel expectãdum est vt depositoris heredes omnes veniant depositum repetituri, vel vt vni ex heredibus reddatur interueniente saltem prætoris aut alterius magistratus imperio, vt ita liberetur depositarius perinde ac si heredibus omnibus reddidisset, vt euenit in specie *d. §. si lancem.*

R a t. D e c i d. Cùm depositus est sacculus signatus, non tantùm saccus ipse depositus creditur, sed etiam res singulæ quæ sunt in sacculo, adeò vt earum singularum nomine nominatim agi possit *d. § si cista infr.* Atqui pecunia quam ponimus in sacculo fuisse, diuidua est *l. stipulationes non diuiduntur 72. infr. de verb. oblig.* Ergo depositum hoc tanquam rei diuiduæ haberi debet, quamuis sacculus ipse sit indiuiduus, & consequenter obligatio & actio depositi quasi diuidua, ipso iure diuiditur inter coheredes depositoris *lege duodecim tabularum pro hereditariis portionibus, l. 1. Cod. si cert. pet. l. vltim. tot. tit. C. de heredit. petit. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Illa duntaxat cautio adhibẽda est, vt sacculus qui depositus fuit, signatus non resignetur id est, non aperiatur nisi coram prætore vel interueniẽtibus honestis personis, ne alioqui facilè fraus deposito fiat, adeóque furtum sit, si inuito vel etiam inscio depositore id fiat. Quorsum enim sacculus signatur aut deponitur nisi, vt inscio depositore aperiri nō possit? & quãuis pecunia in sacculo signato deposita non esset, attamen si qua alia res deposita esset, quæ esset indiuidua & quæ ab vno tantum ex heredibus depositoris repeteretur, melius esset ac tutiùs auctoritatem prætoris adhiberi ad liberandum depositarium *d. l. si stipulatus 81. §. 1. in fin. de solut.* Ergo ex Vlpiano scriptum est in hoc §. *Si vnus tantum ex pluribus heredibus eius qui deposuit, sacculum signatum reposcat, resignandus erit sacculus coram prætore, vel saltem interuenientibus honestis personis*, vt cum de testamenti quoque resignatione tractatur. *l. 2. Cod. testament. quemadm. aperiant.* tam resignato sacculo exhibita pecunia atque numerata restituitur coheredi repetenti pro parte sua hereditaria, nec est quod quis dicat fieri contra legem depositi, & consequenter aduersus bonam fidem, si sacculus quem nō nisi signatum deponere voluit, dominus, eo inscio & absente resignetur, domini enim qui deposuit, absentiam satis supplet præsentia prætoris vel interuentus honestarum personarum, quas nemo possit credere dolum & fraudem participasse *d. l. 2. C. quemadm. testam. aperiant. l. transactionem 35. C. de transact.* Quid ergo de residuo pecuniæ depositæ fiet? remanebit penes depositarium qui partem aliam iam restituerit & in eodẽ sacculo, sed sigillis prius ei impressis

vt antea

vt antea vel à prætore vel ab iis coram quibus signacula remota sunt, vt & in specie dictæ *l. 2. C. quemadm. testam. aperiantur.* Ita enim fiet vt nulla fraudis suspicio satis probabilis possit incurrere & securus maneat coheres alter, quandocumq; postea suam depositi partem hereditariam repetiturus, quod si depositarius qui partem iam reddidit alterius coheredis partem retinere recuset, erit residuũ in æde sacra reponendum, vt scriptum est in hoc ipso §. Qui tamen vereor ne Triboniani sit magis quam Vlpiani, hoc enim suadent verba totius contextus minùs sanè elegantia, & Triboniano ni fallor digniora quam Vlpiano. Primum enim incipit Tribonianus vt solet hac quæstione & quidem malè concinnata his verbis, *Quemadmodum ei satisfiat videndum est*, vt scilicet respõsioni viæ viam aperiat: deinde respondet promendam esse pecuniam pro eo quod præsentes nostri dicere solent, explicandam & ostendendam, nec enim alio vllo loco memini legere me apud pręsentes promi pecuniam pro eo quod est explicari, & vt Accursius loquitur, exhiberi, mox addit, *vel coram prætore, vel interuenientibus honestis personis.* Cùm tamen etiam sine prætore nec vllis interuenientibus honestis personis possit liberari depositarius, si modo sacculum ipsum qui certè indiuiduus est, præsertim quandiu signatus manet, restituere velit vni ex heredibus depositoris vt constat ex *dicta lege stipulatus sim. 81. §. 1. de solut.* Adiicit, *& exsoluenda pro parte hereditaria* nõ satis proprie: depositum enim non exsolui proprie dicitur, sed restitui & reddi, nec rursum satis vere cum in obligationib. indiuiduis, qualis hæc proculdubio est, vnus ex heredibus ius habeat integræ petitionis quoties id quod petitur, per se, indiuiduum est *d. l. stipulatus sim*, *§. 1. l. in executione 85. infr. de verb. oblig.* Quod autem sequitur in vers. *sed etsi.* cùm resignatur sacculus, nihil fieri contra legem depositi, si vel authore prætore vel honestis personis interuenientibus hoc eueniat, neque eleganter dictum neque verum est, nec enim hic fortuitus aliquis euentus est, vt euenire, non fieri dicatur, neq; rursus negari potest quin contra legem depositi fiat, si resignetur sacculus qui signatus depositus fuit. Cur enim signatum deposuit dominus, nisi vt intelligeret depositarius nullo casu resignari eum à depositario debere? Fatendumque est multo minus facturum iri contra legem depositi, si saeculus totus qui pro parte reddi non potest, vni ex heredibus depositoris restituatur, sed Triboniani manum produnt multo apertiùs ablatiui absoluti qui sequuntur, his verbis, *Residuo vel apud eum remanente si hoc voluerit, mox sigillis videlicet prius ei impressis.* Deinde, *Vel si hoc recusauerit in ædem deponendo.* Sunt enim ablatiui isti absoluti Triboniano perfamiliares, quibus & in sequenti versiculo vtitur, cum ait, *Satisdatione idonea à petitore ei præstanda.* At neque videntur posse construi verba illa, *Residuo apud eum remanente*, cùm necessario referenda sint ad depositarium, de quo tamen in præcedentibus, ne verbum quidem, sed in sequentibus tantum illis, *Satisdatione idonea à petitore ei præstanda.* Et in fine §. *omni actione depositarium liberari*: Denique nec possunt construi verba illa vltima §. *Satisdatione autem non interueniente rem in ædem deponi & omni depositione depositarium liberari.* Nullum enim habẽt verbum à quo regantur, vt taceam esse etiam illud Triboniano familiare, vt satisdationem passim exigat quam & vocare solet cautelam, etiam quo necessaria satisdatio non est vt in restitutione rei indiuiduę facienda vni ex heredibus. Cur enim satisdationem potiùs exigit Tribonianus in hac specie quam Pomponius in *d. l. si stipulatus §. 1.* in cuius specie quoniam obligatio erat induiuidua, neq; satisdationem exigit Pomponius neque prætorem, quamuis in *fin. §.* subiiciatur optimum esse id per magistratum facere nisi hęc quoque additio etiam Triboniani est. Et vero an non esset multo facilius depositario adire prætorem vt ex eius authoritate depositum restituens vni ex heredibus liberationem integram consequeretur quam fideiussorem quærere quem difficilè plerunque est inuenire? *l. 2. §. vlt. supr. de iud.* Denique quod in fine huius §. scribitur de deposito in ædem aliquam deponendo, solitum est Triboniani remedium vt in *§. sequenti & in lege ei apud quem in fin. infr. hoc tit.* & alibi sæpè. Sanè obsignatione depositi cõstat depositarium liberari perinde ac solutionem *l. obsignatione 9. C. de solut.* Sed ita tamen si non sit persona cui solui & offerri possit, hoc enim ad validitatem obsignationis necessarium est *l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignorat. action. l. acceptum 19. C. de vsur.*

37 ¶ Ei apud Iulianum libro decimotertio digestorum talis species relata est. ait enim, si depositor decesserit, & duo existant, qui inter se contendant, vnusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem; qui paratus est aduersus alterum, reum defendere, hoc est, eum, qui depositum suscepit. quòd si neuter hoc onus suscipiat, commodissimè dici ait, non esse cogendum à prætore, iudicium suscipere, oportere igitur rem deponi in æde aliqua, donec de hereditate iudicetur.

Ad §. Ei apud Iulianum 37.

Hic quoq; §. Triboniani manum sapit & prodit vel ex sola ipsius textus inelegantia: habet autem speciem superiori non valde dissimilem si eius qui deponit (quem minus vsitato vocabulo Tribonianus depositorem vocat) duo se ostendant heredes & quidem singuli in solidum, atque ita vnusquisque eorum depositum in solidum repetat, cui depositum sit reddendum. Ad quam quæstionem respondet Tribonianus sub Vlpiani nomine ex Iuliano ei reddendum esse qui paratus sit depositarium aduersus alterum defendere, quod verbũ Accurs. hic accipit quasi defendere scriptum sit pro eo quod est cauere de defendẽdo: hoc verò nõ probo, quia cum ambo qui se dicunt heredes, reposcunt simul depositum, non de cauendo tractandum est, sed de defendendo depositario: solet enim cautionibus res expediri, cum periculum aut damnum aliquod futurum timetur, non cum adest, vt *in lege omne æs alienum 27. & sequent. l. pro socio 38. l. si vnus 67. in princip. infr. pro soc.* Ratio tamen dubitãdi ad hũc §. nulla esse poterat, quod ipso iure tuitus esse videretur depositarius & liberatus si bona fide restitueret depositum ei quem heredem esse putaret, vt obiicit Accursius in §. *si rem*

à seruo 32. Sed decidendi ratio est, quod cum alius quoque veniat depositum repetiturus & contendens se esse verum heredem & in solidum, non careret dolo depositarius, si alterutri depositum restitueret post iam motam ab alio de hereditate & deposito controuersiam, *l. dolo carere* 41. *infr. ad l. falcid.* Nunquam autem liberatur depositarius, quoties ei dolus aliquis vel verus vel præsumptus obiici potest. Ergo si neuter ex iis qui se dicunt heredes hoc onus velit suscipere de depositario aduersus alterum, qui se heredem quoque dicit defendendo, consequens est, vt depositarius à prætore cogendus non sit aut depositum restituere aut iudicium accipere, semper enim iniquum est ad accipiendum iudicium cogi eum per quem non stat quo minus satisfaciat, *l. si reum* 73. *supr. de procurat. l. si debitori* 21. *D. de iud.* Expectandum igitur dicit, vt de hereditate iudicetur ad hoc vt sciri possit vtri ex duobus petitoribus restituendum sit depositum. Ei namque restituendum erit pro quo in hereditatis quæstione pronuntiatum fuerit, vt in *lege penult. supr. de hered petit.* Ac proinde permittendum erit depositario si liberari velit, vt interim depositum in aliqua æde sacra deponat, quod vice remedij Tribonianus magis quam Iulianus excogitasse videtur, nullo enim remedio indiget depositarius vt sit securus, cum nõ aliter teneri possit actione depositi, quam si dolo malo aliquid fecisse probetur; quem porro non nisi volens & sciens possit admittere. Quid verò si vterque paratum se dicat depositarium aduersus alterũ defendere? placet quod Accursius ex Martino respondit præferendum esse eum qui præuenerit & occupauerit. Aut si ambo simul venerint, esse locum gratificationi, vt in *lege vlt. in princip. supr. de religios. l. si in graui. §. si cum omnes supr. de S.C. Silanian. l. si quis seruum* 8. *§. inter duos. de legat.* 2. *l. pupillus* 24. *infr. qui in fraud. credit.* Plane quod subiungit Accursius, si actum sit vt nemini sine altero depositũ reddatur, seruandam esse conuentionem ex *§. si conuenit.* 6. *supr. hac leg.* Non possum ego quale illud sit intelligere. Ea demum namque conuentio seruanda est quæ fit ab initio & in contento ipso deposito, vt in *dict. §. si conuenit.* Atqui cum vnus tantum fuit qui deposuit, non potest locus esse pactioni ne depositum alteri sine altero reddatur, sed tãtum cum vel duo simul deposuerũt, vel vnius qui deposuit, duo pluresve sunt heredes in specie *§. praeced.* At non esset, cum duo sunt qui singuli heredes in solidum se esse contendant illius qui deposuit, cum hoc casu fieri non magis possit, vt vtriq; restituendum sit depositum, quam vt duo sint vnius hominis heredes in solidum, quod vtique pugnat et cum ratione & regula iuris *l. quod contra* 141. *§. vni duo de regul. iur.*

38 ¶ Si quis tabulas testamenti apud se depositas, pluribus præsentibus, legit, ait Labeo, depositi actione rectè de tabulis agi posse.[a] ego arbitror, & iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam præsentibus, vt iudicia secreta eius, qui testatus est, diuulgarentur.

Ad §. Si quis tabulas. 38.

RAT. DVB. Non eo minus restitui possunt tabulæ testamenti apud aliquem depositæ, quod ab eo lectæ sint præsentibus pluribus. Ergo non eo magis actio depositi competere debet, nisi fortè eo sensu quo res alia quælibet deposita statim per depositi actionem peti potest, *§. est autem* 22. *supr. hac lege.*

DEC. Actio depositi competit ei qui deposuit in omne id quod ipsius interest statim atque dolo depositarij aliquid factum est, vt res deposita non nisi deterior reddi possit. *§. si res deposita* 17. *supr. hoc tit.* Atqui tabulæ testamenti depositæ nõ nisi deteriores reddi possunt, cùm lectæ fuerunt & publicatæ pluribus præsentibus, quoniam ita fit, vt iudicia secreta eius qui testatus est, diuulgentur, quæ tamen non diuulgari viuo testatore non tantùm ipsius testatoris interest, sed etiam reipublicæ, propter periculum quod incurrere plerique testatorum solent, aut ab iis ipsis quos heredes instituerunt, hereditatis lucrum saluti testatoris anteponentibus, aut ab iis, qui cùm hereditatem fortassis captarent, impatienter ferunt se præteritos, ideóque & claudi solebant olim & signari tabulæ testamenti, vt non nisi mortuo demum testatore, aperirentur, *tot. tit. infr. & Cod. quemad. testam. aper.* Ergo statim atque lectæ sunt pluribus præsentibus tabulæ testamenti viuo testatore, qui eas deposuerat: consequens est vt depositarius, qui eas legit, depositi actione eo nomine teneatur, tanquam qui dolo malo id admiserit. Iunge *l. 2. versi. quid enim tam durum Cod quand. & quib. 4. pars lib. 10. tit. 34.*

a. *Ego arbitror & iniuriarum agi posse.* RAT. DVB. Iniuriarum actio non datur nisi ad id quod pecuniariæ interest eius qui iniuriam passus fuit, *l. si quis iniuriam* 35. *infr. de iniur.* & apud Iustinianum, *Inst. de iniur.* Ergo nihil potest addere actio iniuriarum actioni depositi quæ similiter datur ad omne id quod interest actoris, *§. hanc actionem* 23. *supr. hac leg.*

DEC. Semper interest actoris plures habere actiones etiam eius rei nomine, vt possit eligere qua vti malit, dummodo nihil supra id quod debitum est, consequatur, *l. cùm filius* 76. *§. variis de leg.* 2. *l. quod in herede* 9. *supr. de tributor. act. l.* 1. *§.* 1. *infr. quod legat.* Media enim vnius actionis facilius interdum probantur quàm alterius, *l. is qui destinauit* 24. *supr. de rei vendic. §. ceterum Instit. quod cum eo. §. commodum. Inst. de interdict.* Ergo nihil vetat eum qui testamenti sui tabulas penes amicum deposuit, non solùm depositi, sed etiam iniuriarum posse agere, præsertim cùm hæ duæ actiones ad diuersos fines dentur. Depositi namque actio datur ad id quod deponentis interest ratione contractus. Iniuriarum vero ad pecuniariam æstimationem iniuriæ, quæ vt plurimum iudicis arbitrio relinquitur. Nec ad rem pertinet si quis dicat iniuriarum actionem esse prætoriam, depositi verò ciuilem, si Accursio & interpretibus nostris credimus, cum verò qui ciuilem actionem frustrà desiderare honorariam, *l. 1. supr. de publician. in rem act.* Nam præter id quod verius putamus actionẽ depositi esse prætoriã, vt ad initium huius legis docuimus. Illud etiã constat non omnẽ actionẽ iniuriarum esse honorariã, sed etiã aliquam esse ciuilem quæ ex lege Cornelia descendit, vt Iustinian. tractat in *d. tit. de iniur.* Et præterea nihil vetat,

vetat, quin duplex actio pro eadem re eidem cõpetat, siue vtraque sit ciuilis, siue prætoria, dum ne vtraque ad eundem finem. Illud sanè omnino requirimus ad dandam iniuriarum actionem contra depositarium, vt is animum habuerit faciendæ iniuriæ. Nec enim sine animo fit iniuria, vt neque furtum *l. si quis testamentum. 41. supr. ad l. Aquil.* vbi in ea ipsa specie quæ hic proponitur dat Iurisc. non tantum actionem iniuriarum, sed etiam in factum vtilem. Porrò animum faciendæ iniuriæ videtur habuisse depositarius qui eo consilio testamenti tabulas apud se depositas plurib. præsentibus apud se legit, vt secreta testatoris iudicia diuulgaret. Aliud ergo est, si per imperitiam & stultitiam id fecerit, quid enim tam contrarium imperitiæ & stultitiæ quàm dolus?

39 ¶ Si prædo, vel fur deposuerint, & hos Marcellus libro sexto digestorum putat depositi rectè acturos. Iam interest eorum, eo quod teneantur.

Ad. §. Si prædo. 39.

Rat. Dub. Nemo ex improbitate sua actionem consequi potest, *l. itaque fullo. 12. infr. de furt.* Sunt enim actiones omnes sicut & obligationes comparatæ ad hoc, vt vnusquisque persequatur quod sua interest. *l. stipulatio ista §. alteri. de verb. oblig.* Non autem interesse cuiusquam videtur, nisi ex honesta causa interesse *l. cuius interfuit, eod. tit. de furt. l. 3. §. sciendum. supr. ad exhibendum.* Atqui nõ potest videri quicquam interesse prædonis vel furis ex honesta causa, quamuis ei cui furtum vel vim fecerunt teneantur, cùm turpiter fecerint. Ergo si rem furtiuam vel vi possessam & raptã penes alium deposuerint, depositi tamen actionem habere non possunt, sicuti dicimus nec furti agere posse, tametsi res furtiua iis quoque furto subtracta sit, ex eodem enim fonte nascitur, vt fur furti agere non possit. *d. l. itaque §. sed furti de furt.*

Dec. Aliud est delinquere, aliud verò contrahere. *l. 1. §. sed si cum quolibet supr. de exercit. act.* Atqui fur vel prædo quamuis deliquerit cum furtum vel vim fecit, non tamen delinquit, cum rem furto subtractam, vel vi raptam penes alium deponit, hoc enim contrahere est, non delinquere. Non est igitur ijs deneganda actio depositi cõtra depositarium, quã sibi ex contractu suo quæsiuerunt Illud sanè admitti non potest quod Accursius refert quibusdam placuisse, vt fur & prædo etiam rei vindicationem habere possint contra depositarium vel commodatarium, quasi non possint illi referre quæstionẽ dominij, cùm à fure & prædone ius ipsi habeant, *arg. l. si quis conductionis. 25. C. de locat.* vindicatio enim non ex contractu nascitur, vt actio depositi vel cõmodati, sed ex præsẽti possessione illius qui alienã rẽ iniustè detinet *l. non alia 24. §. sed si postulatur. supr. de iudic. Iuncta l. non à iudice 64. eod. tit.* de quo tamen videnda sunt quæ pluribus diximus in *l. ita vt 16. supr. commod. & in l. si pignore 22. §. si prædo suprà de pignor. act.* Iunge *l. nam & si fur. 13. de reb. cred.*

40 ¶ Si quis argentum, vel aurum depositum petat, vtrum speciem, an pondus complecti debeat? & magis est, vt vtrumque complectatur, scyphum forte, vel lancem, vel pateram dicendo, & materiam, & pondus addendo. Sed & si purpura sit infecta, vel lana, pondus similiter adiiciendum. [a] Saluo eo, vt, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur.

Ad §. Si quis argentum 40.

Rat. Dub. Cùm aliqua res petitur, sufficit ita rem demonstrari, vt possit intelligi. *l. in furti actione. infr. de furt.* Atqui potest facilè res intelligi si materiæ infectæ pondus adiiciatur, signatæ verò numerus, factæ autem species dicatur aut numerus si res mensura contineatur, vt scriptum est in *d. l. in furti, & in l. si in rem. 6. supr. de rei vind.* Ergo non est necesse vtrumq; exprimi, & speciem & pondus, præsertim si etiam materia designata sit. Rat. Dec. Non videtur reddi depositum quod deterius redditur *§. si res deposita 16. supr. l. 3. §. si reddita. supr. commod.* Atqui non potest sciri an species aurea vel argentea reddatur deterior nisi in libello etiam pondus exprimatur, redderetur enim deterior si restitutionis tempore esset minoris ponderis, quàm cùm fuit deposita, necessario igitur & species, puta lanx vel patera, sed etiam pondus exprimi debet, itaque materia forte aurea vel argentea & in hoc separanda est actio depositi ab actione in rem in qua sufficit speciem exprimi etiam non adiecto pondere, si modo etiam materia expressa sit, *d. l. si in rem.* Et ratio diuersitatis est, quia species quæ fuit mea non eo minus mea remanet, quòd à possessore deterior facta sit, meum siquidem est quicquid ex re mea superest, eiusq; vindicandi ius habeo *l. solum 49. §. 1. eod. tit.* Est autem actio furti hac parte simili vindicationi non actioni depositi *d. l. in furti actione*, siue quod rei furtiuæ nomine etiam vindicatio competat *l. si pro fure. 7. §. 1. de cond. furt. §. sic itaque Inst. de action.* Siue potius, quod cũ actio furti detur ad pœnam dupli vel quadrupli, & vel furtiua tanti æstimetur, quanti actor in litem iurauerit. *l. in actione 50. de furt. iuncta l. cùm furti 9. supr. de in litem iur.* Sufficit rem ita demonstrari vt possit intelligi *d. l. in furti.* Satis autẽ intelligi potest expressa specie aurea vel argentea, licet pondus adiectum non sit, præsertim cùm actio furti referatur ad æstimationem quæ fuit tempore furti admissi, non quo furti agitur. Idem verò iuris est, si purpura infecta vel lana deposita sit, quod esse diximus in lance vel patera deposita, vt scilicet etiam pondus lanæ addi debeat, itemq; in cæteris omnibus quæ in pondere consistunt.

a *Saluo eo, vt si de quantitate.* Rat. Dub. Iusiurandum species probationis est *l. eum qui 30. in princip. & l. seq. l. tutor pupilli. 35. in princip. supr. de iureiur.* Atqui nemo in sua causa testis est idoneus. *l. nullus. 12. infr. de testib. l. omnibus. 10. C. eod.* Ergo si is qui deposuit, pondus speciei depositæ exprimere non possit, summouendus est, quasi nullo iure agens, cùm actor quilibet intentionẽ suam probare debeat aut succumbere, etiamsi nihil præstiterit, *l. qui accusare 4. C de edend. l. 2. & passim infr. de probat.*

Dec. Probationibus semper succurrendum est quantum fieri potest, tãquam quæ sint fauorabilissimæ, quod sine iis veritas rerum haberi nõ possit, vt in Codice nostro scripsimus *def. 1. de probat* maximè

verò cùm agitur aduersus dolosum, ne ex dolo suo lucretur, & ne alioqui dolus remaneat impunitus, *l. ne ex dolo 13. supr. de dol. l. procurator. 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.* Atqui depositarius non tenetur nisi de dolo, vt sæpius diximus. Ergo si speciem auream depositam depositarius nolit reddere, nec is qui deposuit pondus, probare possit, æquum est ei succurri, vt iureiurando suo pondus probare possit, præsertim cùm eius potissimum fauore fiat, vt pondus quoque exprimi necesse sit, ne scilicet alioqui in eius potestate sit, eum, qui deposuit, decipere, & rem depositam cum ponderis diminutione restituere. Mirum verò non est succurri ei qui deposuit, vt pondus speciei depositæ iurando probare possit, cùm ei liceat etiam in litem iurare, vt tanti depositarius condemnetur, quanti in litem iurauerit is qui deposuit, *§. in depositi 26. supr. hac leg. & l. ei apud quem. 5. infr. hoc tit.* Quod iusiurandum in litem multo grauius est, & maioris momẽti, quippe per quod æstimatur dolus, & punitur depositarij contumacia vltra rei pretium, *l. 1. supr. de in lit. iur.* Neque desunt qui cum Bartolo putent hæc verba etiam de iureiurando in litem accipi debere, cum quibus tamen non consentio. Aliud enim est iurari ad probationem, aliud verò iurari ad litem æstimandam, quod & indicat verbum *succurratur*, quo hic Vlpianus vtitur: non enim succurritur ei qui deposuit, cùm admittitur ad iusiurandum in litem, sed permittitur ei potiùs vti iure communi, quod in omnibus actionibus bonæ fidei obtinet, per quas rem suam quis reposcit, *l. in actionibus 5. vbi diximus, supr. de in lit. iur.* At succurritur ei cùm admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, vt suam intentionem probet ac impleat, non deferente aduersario iusiurandum, *l. 1. in princip. quar. rer. exact. non det.* Succurritur autem ei qui deposuit si de pondere tantum dubitetur, non etiam si de specie ipsa, vt bene notat Accurs. probatio enim speciei ad substantiam ipsam actionis pertinet, probatio verò ponderis, non nisi ad qualitatem rei de qua agitur, præter id quod putauit Accursius de quantitate & pondere dubitari magis potest quàm de specie. In eo sanè errauit Accursius quod differentiam illam quam suprà posuimus inter actionem depositi, & rei vindicationem, non intellexit. Item in eo quod putat ei qui deposuit hactenus succurrendum esse, vt si iuret, se pondus nescire, nec posse se pro certo dicere, remitti ei necessitas huius rei debeat, vt in *d. l. in furti. §. de rest. vers. plane de furt.* At non etiam vt pro eo sententia ferri possit nisi probetur. Propterea quod cùm incerta petitiò est, non possit certa ferri sententia, *l. sententia 3. C. de sentent. quæ sine cert. quant. proferuntur.* Nam proculdubio Vlpiani hic sensus est, remittendam esse ei qui deposuit necessitatem exprimendi ponderis rei depositæ, si iuret se id certo non posse dicere, nec eo minus condemnãdum depositarium, quanti postea actor in litem iurauerit.

41 ¶ Si cista signata deposita sit, vtrum cista tantùm petatur, an & species cõprehendendæ sint? & ait Trebatius, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum, quòd si & res ostensæ sunt, & sic depositæ, adiiciendæ sunt & species & vestes. Labeo autẽ ait, eum, qui cistã deponit, singulas quoq; res videri deponere. ergo & de rebus agere eum oportet. Quid ergo, si ignorauerit is, qui depositũ suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cùm susceperit depositũ. ergo, & rerum depositi agi posse existimo: quamuis signata cista deposita sit.

Ad §. Si cista. 41.

RAT. DVB. Pro Trebatio, cùm depositi agitur, idipsum repetendum est quod depositum fuit, non aliud, *l. Lucius 24. infr. hoc tit. l. 2. in princip. supr. de reb. credit.* Atqui ponimus depositam & traditam fuisse cistam, non res singulas in cista inclusas. Ergo cista ipsa repetenda est, nõ res singulæ quæ cista continentur, si eæ res ostensæ non sint. Quod si res ostensæ sint, tunc depositæ videri debent & traditæ potiùs quàm cista ipsa, quæ non nisi propter ipsas res hoc casu tradita intelligitur. Ergo hoc casu vt Trebatius putabat, singularum rerum non cistæ nomine depositi agi oportebit.

RATIO DECID. Pro Labeone & Vlpiano qui Labeonis sententiam probat, is qui cistam deponit, non tam de cista deponenda cogitat, quàm de iis rebus omnibus quæ cista continentur. Potest enim fieri, & fit plerunq; vt vas illud condendis aptũ vestib. quod cistę nomine significatur, modici sit valoris, vestes autẽ in cista reconditę sint pretiosissimæ, quas proinde custodiri longe magis intersit deponentis quàm cistam ipsam. Ergo non tam de cista quàm de singulis rebus in ea inclusis agi potest depositi, nec minus si res depositario ostensæ sint quam si ostensæ non sint. Quid enim refert, an depositarius ignoret, an sciat quænam res sint, cùm depositũ susceperit, nec proinde quicquam interest, an cista deposita sit, an resignata, id est, aperta, videtur tamen Labeo in ea fuisse sententia, vt crederet de rebus in cista depositis agi non tantum posse, sed oportere, quasi solæ res depositæ sint non cista. Vlpianus verò mediam sequitur sententiam, vt in potestate sit deponentis, vel de cista agere vel de rebus singulis. Et multo melius, vtrumq; enim certè verum est; & cistam esse depositam & res singulas in cista comprehensas, siue ignoret depositarius quænam res illæ sint siue sciat. Quid ergo si cùm cista signata deposita esset, amissa sit, aut non restituatur dolo malo depositarij, an probare tenebitur is qui deposuit qualitatem & quantitatem reum quæ fuerunt in cista, sic putat Accursius, nec malè si modo cum Bartolo sic Accursium intelligas, vt si dolus aliquis depositario aut lata culpa arguatur, permittendum sit ei qui deposuit iusiurandum in litem, quod probationis vice sit. Si verò neque dolus eius, neque lata culpa depositarij interueniat, tunc alias probationes & plenas afferre debeat is, qui deposuit, *arg. l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur. l. si quando. 9. Cod. vnde vi. iunct. §. in depositi 26. supr. hac leg.*

42 ¶ Filiumfamilias teneri depositi constat: quia & cæteris actionibus tenetur. sed & cum patre eius agi potest, dumtaxat de peculio. Idẽ & in seruo. nam cum

cum domino agetur. [a] Plane, vt Iulianus scribit, & nobis videtur: Si eorum nomine, qui sunt in potestate, agatur, venit in iudicium, & si quid per eum, in cuius iure sunt, captus fraudatúsve est: vt & dolus eorum veniat, non tantùm ipsorum, cum quibus contractum est.

Ad § Filiumfamilias. 42.

RAT. DUB. Depositum fit re & traditione §. praeterea. instit. quib. mod. re contrah. oblig. Traditio autem nihil nisi possessionis translatio est. l. 3. infr. de act. empt. Atqui possessio per filiumfamilias acquiritur patri non minus quàm per seruum l. 1. §. item acquirimus. infr. de acq. possess. Ergo si apud filiumfamilias res aliqua deposita sit, dicẽdum est ex eo deposito patrem non filiumfamilias teneri. Quemadmodum si penes seruum deposita res esset, depositi teneretur dominus, non seruus §. si apud seruum. 18. vbi diximus supr.

DEC. Filiusfamilias ex omnibus causis obligatur ex quibus paterfamilias obligari posset, nisi ex voto & mutuo l. filiusfamilias. 39. de oblig. & act. iuncta. l. 2 §. 1. de pollicit. Ergo si depositum acceperit filiusfamilias, perinde tenetur depositi ac si esset paterfamilias, cùm non pater, sed ipse contraxerit: Cõtractus enim omnes, vt sæpius diximus, sunt facti. l. consilio. 7. §. vlt. infr de curat. fur. Quæ autem sunt facti, ad patrem non trãseunt l. quod dicitur 130. de verb. obl. sicuti nec à seruo ad dominum l qui heredi. 44. de condit. & dem. Neque tamen hac parte similis ratio est filii-familias & serui, cùm seruus, nec ex suis contractibus obligari possit ciuiliter l. serui 14. de obl. & act. nec proinde conueniri, quia cum seruo nulla actio est l. cum seruo 107. de reg. iur. Sed pater tamen ex contractu filiifamilias etiam depositi conueniri poterit. At de peculio tantùm, non insolidum, vt ex cæteris filiifamilias contractib. l. depositi. 5. supr de pecul. Et in hoc par ratio est serui, & filiifamilias: nam si apud seruum aliquid depositum sit, æquè dominus depositi tenebitur de peculio. d. l. depositi. Idem iuris est si filiofamilias, vel seruo alieno res aliqua commodata sit. l. 3. §. si filiofamilias. supr. commod. Planè si iussu patris vel domini res deposita sit penes filiumfamilias vel seruum, tenebitur actione directa dominus: Itemq; pater non filius, quia patris vel domini persona sola hoc casu spectata esse intelligitur l. vlt. infr. pro soc. §. penult. Inst. quod cum eo qui in alien. pot.

a Planè, vt Iulianus scribit. RAT. DUB. In actione depositi venit tantum dolus depositarij aut lata culpa §. illud improbabis. §. est autem. §. si rem à seruo, & §. vlt. hac leg. Atqui cum penes filiumfam. vel seruum res deposita est, solus filiusf. vel seruus depositarius est, nõ pater aut dominus, vt modo diximus. Ergo solius filiifam. vel serui dolus actionem depositi potest inducere non patris aut domini.

DEC. In omnibus bonæ fidei iudiciis ita comparatum est, vt quoties actio de peculio, vel de in rem verso competit aduersus patrem aut dominũ, hanc quoq; adiectionem habere debeat: & si quid dolo malo domini vel patris captus fraudatusque actor est l. in bonæ fidei 36. supr. de pecul. d. l. 3. §. penult. supr. cõmod. Atqui actio depositi bonæ fidei est, §. hanc actionem supr. Ergo & in actione depositi idem dicendum est, vt si eorum nomine, qui sunt in potestate agatur depositi, veniat in iudicium etiã si quid per patrem vel dominum captum fraudatúmque est. Nec minus eorum dolus æstimetur, quàm filijfamilias vel serui cum quibus contractum est.

43 ¶ Si apud duos sit deposita res: aduersus vnumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur. non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerint, & alter, quod interest, præstiterit. alter non conuenietur, exemplo duorum tutorum. Quod si alter vel nihil, vel minus facere possit: ad alium peruenietur. Idémque, & si alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus: nam ad alium peruenietur.

Ad §. Si apud duos. 43.

RAT. DUB. Cùm apud duos deposita res est, ambo simul obligantur. Ergo non nisi pro virilibus portionibus, l. reos 11. §. cùm tabulis infr. de duob. reis. Ergo si apud duos vna & eadem res deponatur, non nisi pro virilibus, singuli actione depositi teneri possunt, nisi ponas esse illos correos debendi, quomodo fieri possunt etiam ex causa depositi, l. eandem rem 9. eod. tit. Atqui si hunc §. intelligas de duobus depositariis, qui facti sint correi debendi non erit verum quod Vlpianus ait, non iri liberatum alterum si cum altero agatur. Nam in duobus correis debendi aliter obseruatur vt sola vnius electione alius liberetur l. 2. eod. illo tit. de duob. reis.

DEC. In obligationibus indiuiduis non potest scindi obligatio, l. 2. l. 4. §. Cato. l. stipulationes non diuiduntur 72. infr. de verb. obl. Atqui restituendi obligatio indiuidua est, sicut & omnes faciendi obligationes, d. l. 2 §. item si in facto, & d. l. stipulationes. Ergo cùm depositarius ad restitutionem teneatur, consequens est, vt si duo eiusdem rei sint depositarij, possit vnusquisque eorum in solidum conueniri, quia nec pro parte restitui res potest, nec proinde pro parte contingere liberatio, l. in executione 85. §. quod si stipulatus & seq. eod. tit. Idque quamuis depositarij non sint correi debendi, cuiusmodi certè non sunt nisi appareat, eum qui deposuit, singulorum fidem in solidum secutum esse, vt in d. l. eandem. Quod tamen non semper contingit, fieri enim facilè potest, vt apud duos deponat, qui apud alterum solùm æquè non fuerat depositurus. Itaq; mirum non est electione vnius alterum non liberari, nisi sint correi, sed tantum solutione, sicut euenit in pluribus vnius pupilli tutoribus, qui nec electione liberantur, sed tantum solutione, tanquam qui ex propria persona eiusdem rei debitores sint leg. si ex duobus 15. infr. de tut. & rat. distrahend. Ergo verum est quod hic dicitur, si ambo siue depositarij siue tutores dolo fecerint, & conuentus alter vel nihil vel minus facere possit, aut si quis eorum nihil dolo fecerit, atque ita ab actione depositi absolutus sit, nihilominus futurum, vt ad alterum perueniri possit, nempe quoties deposita res indiuisibilis est; nam si sit diuisibilis, vtputa

pecunia aliud certè est, cùm non amplius intersit eius qui deposuit, si modo vterq; depositarius sit soluendo, vt Marcellus tractat in *l. si duo 22. infr. hoc tit.* Miror verò Accursium contra scribere plures depositarios teneri semper pro partibus, nisi actum sit, vt quilibet in solidum teneatur, quomodo comminiscitur actum fuisse in hac lege & in *d. l. eandem & in l. si vt certo 5. §. fin. supr. commod.* & in *d. l. stipulationes non diuiduntur.* In quibus tamen locis omnibus nihil est ex quo possis diuinare, id actum esse, de quo tamen vide, quæ scripsimus pluribus *ad d. l. 5. § vlt. commod.* Magisque probabiliter dubitari potest, An quod prior conuentus præstitit alij prodesse debeat, si ambo doli rei sint, vt satis innuit Vlpianus in *d. l. si ex duob.* Sed tamen verius est, quod hic idem Vlpianus concludit, si alter conuentus id quod interest præstiterit, alterum liberari, exemplo etiam tutorum, cùm non detur actio depositi nisi ad id quod interest actoris, nihil autem dici possit interesse eius, qui iam solidum consequutus sit, *d. l. si duo.* Alij tamen plerique casus sunt in quibus quæritur, an pluribus eandem rem debentibus sola vnius electione alius liberetur, an verò sola perceptione, de quo videnda sunt quæ scripsimus ad *l. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiec.*

44 ¶ Sed si duo deposuerint, & ambo agant: si quidem sic deposuerunt, vt vel vnus tollat totum: poterit in solidum agi. si vero pro parte, pro qua eorum interest: tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.

Ad §. Sed si duo. 44.

RAT. DVB. Restituendi obligatio indiuidua est, vt diximus ad §. *præcedentem.* Ergo quemadmodum si apud duos res aliqua deposita sit, vnusquisque eorum in solidum tenetur, *d. §. præcedente.* Ita dicendum videtur, si duo eandem rem deposuerint, vnumquemque eorum depositi in solidum agere posse; Etiamsi non sic deposuerint, vt vel vnus eorum totam rem posset tollere, quo casu nemo dubitat, quin vnus in solidum agere possit.

DEC. Multum interest, an apud duos depositum sit, an à duobus, priore casu, interest actoris solidam rem ab vno quoque ex depositariis consequi, quia tota res ad eum pertinet. Posteriore verò casu, vniuscuiusq; eorum qui deposuerunt, non interest nisi pro ea parte quam quisque habet in deposito. Mirum igitur non est si priore casu deponenti actio detur in solidum, posteriore verò singulis deponentibus pro parte tantum, æstimandum enim semper est ius agendi ex eo quod actoris interest, præsertim cum tractamus de ea actione quæ non nisi ad id quod interest, competit, cuiusmodi est actio depositi, *l. si duo 22. infr hoc tit. iuncta lege licet 17. in princip. eod.* vt & actiones omnes in quibus agitur ad factũ *l. si quis ab alio 13. in fin. inf. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur. 72. & l. in executione 85. de verb. obl.* Nec proinde distinguendum est in specie huius §. quomodo Accursius distinguere videtur, an res deposita sit diuisibilis an indiuisibilis, nam etsi maximè indiuisibilis sit, verum tamen est non interesse vniuscuiusque eorum qui deposuerunt, nisi pro ea parte quam habuerunt in deposito, cùm non potuerint singuli habere solidum, *l. si vt certo 5. §. vltim. supr. commod.* Idque non obscurè Vlpianus in hoc §. insinuat, cùm ait, si non sic deposuerint, vt vel vnus totum tollere posset, sed pro ea tantum parte pro qua ipsorum interesset, tunc dicendum esse in parte condemnationem faciendam. Itaque placet quod Accursius hic notat ex *d. l. licet*, cùm plures rem communem deponunt, id in dubio actum videri, vt singuli pro ea tantum parte pro qua eorũ interest, depositi agere possint. Similis ferè ratio diuersitatis adfertur in *l. 3. §. 1. iuncta l. 2. §. penult. & vlt. infr. de verb. obl.*

45 ¶ Si deposuero apud te, vt post mortem tuam reddas: & tecum, & cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere.

46 ¶ Proinde & si sic deposuero, vt post mortem meam reddatur: potero & ego, & heres meus agere depositi mutata voluntate.

Ad §. Si deposuero. 45. & §. Proinde. 46.

RAT. DVB. Cùm in contractu aliquo certa lex apposita est, stari ei oportet, nec potest ea lex immutari arbitrio alterutrius contrahentium *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Contractus enim omnes vt vulgo iactari solet, ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem necessitatis. *l. in commodato. 17. §. 1. supr. Commod. l. sicut. 5. Cod. de oblig. & act.* Ergo si sic apud te rem aliquam deposuero, vt post mortem tuam mihi reddatur, lex depositi seruanda est. *§. si conuenit. 6. supr.* ac proinde si velim à te viuo depositum reposcere quod ex conuentione non nisi post mortem tuam reddi mihi debuit, non est mihi permittendum, vt tecum agam depositi, sed tantum vt cum herede tuo, de quo nimirum solo obligando conuenit hoc ipso quod inter nos actum est, vt post mortem demum tuam mihi redderetur.

DEC. In omnibus contractibus inspiciendum est non tam quid conuenerit, quàm qua mente & cuius gratia, nec enim vnquam ferendum est, vt ei noceat conuentio quoquo fuit apposita *l. in ratione 30. §. tametsi, versic. sed id non est verisimile infr. ad l. falcid. iuncta l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore. 6. C. eod.* Atqui in proposita specie, cùm rem meam sic apud te deposui, vt ea mihi post mortem tuam redderetur, non mihi, sed tibi herediq; tuo legem dicere volui, vt loquitur Iurisconsultus in *l. Thais in fin. 40. infr. de fideicom. libert.* Ergo non potest mihi nocere pactio, quominus etiam te viuo, & à te possim depositum repetere. Nec ad rem facit quod casus reddendi post mortem tuam depositi, qui solus pactione deprehensus est, excludere videatur casum contrarium de deposito reddendo te viuo, *arg. l. si cùm dotem 22. in princip. infr. solut. mat. l. commodissimè 10 infr. de liber. & posth. l. inter socerum 26. §. cum inter.*

inter infr. de pact. dotal. Casus enim omissus remanet in dispositione iuris communis, vt ex iisdem legibus probare nostri solent. Ex iure autem communi obligaris depositi, etiamsi nulla de eo reddendo pactio interuenerit, ob hoc ipsum tantum, quia depositum suscepisti quod potissimũ te contrahitur. Nihil ergo prohibet quominus etiam te viuo possim mutare voluntatem & ante mortem tuam depositum repetere cum nulla in eo tibi fiat iniuria, nec sim obligatus ne ante constitutum tempus depositi agere possim, quamuis conuenerim, vt post mortem tuam redderes, alioqui quid diceremus, si absque herede & successore vllo moreretis, vt in *§. idem quærit. 14. supr. hac leg.* an dicendum esset nullam mihi actionem depositi siue viuo te, siue mortuo competituram? sic in *l. si verò 12. §. si mandauero 6. l. si quis alicui. 27. §. 1. infr. tit. prox.* Proinde vt sequitur in hoc §. *Et si sic deposuero, vt post mortem meam reddas, non solum heres meus depositi agere possit, sed & ego ipse mutata voluntate.* Eadem enim ad hunc versiculum quæ ad superiorem dubitandi & decidendi ratio est. Sanè in eo qui ipse obligatus est, mutatio voluntatis aut nullo modo aut difficilius permittitur. *d. l. huiusmodi. 84. §. Stichum aut Pamphilum 9.* nisi verba cõuentionis ita ferant, vt in *l. si quis stipulatus. 112. in princip. de verb. ob.*

47 ¶Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit: quæsitum est: si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxit, ignorans depositam, vel commodatam: an teneatur. & quia dolo non fecit: non tenebitur de re. an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum peruenit: & verius est, teneri eum. hoc enim ipso dolo facit, quòd id, quod ad se peruenit, non reddit.

Ad §. Quia autem. vlt.

Rat. dvb. In actione depositi dolus tantum venit, aut saltem lata culpa, quæ ad dolum proximè accedit, *§. si rem à seruo 32. & passim. supr. & l. quod Nerua. 32 infr. hoc tit.* Atqui heres, qui rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam vel commodatam fuisse, nihil dolo malo fecisse videri potest, cùm diuinare non debuerit, & semper probabilis sit ignorantia facti alieni, *l. vlt. infr. pro suo l. qui in alterius 42. de reg. iur. §. sed tamen Inst. de vsucap.* Nec proinde in lata culpa est magis quàm in dolo. Ergo actione depositi teneri non potest, neque vt rem reddat, quam nec habet, nec dolo desiit habere, neque vt precium rei depositæ restituat, quod ipsum non fuit depositum, sicut enim pretium rei communis, non est commune, necè contrario res communis, quæ est empta ex pecunia cõmuni, *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro soc.* Nec res pignorata quæ est empta ex pecunia pignorata *l. idemque in fin. infr. qui pot. in pign. hab.* Neque dotalis quæ est empta ex pecunia dotali, *l. ex pecunia. 12. C. de iur. dot.* Nec denique res furtiua quæ empta est ex pecunia furtiua, *l. qui vas 42. §. vlt. infr. de furt.* Ita nec pecunia videri potest deposita quæ redacta est ex pretio rei depositæ. Aliud enim res ipsa est, aliud rei pretium, *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufruct. l. nemo rem suam 82. infr. de verb. obl.* quia pretium rei venditæ non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur, *l. venditor. 22. infr. de hered. vel act. vend.*

Dec. Nihil quidem dolo fecit depositarij heres qui rem depositam ignorans vendidit, quomodo fecisset depositarius si ipse vendidisset *§. si rem depositam 25. supr.* Sed nunc dolo facit, cùm rei depositæ pretium, quod ad se ex rei depositæ venditione peruenit, non vult reddere, non minus quàm si rem ipsam depositam haberet, eamque restituere recusaret *§. est autem 22. supr.* Quid enim aliud agit cùm rei depositæ pretium retinet, nisi vt ex aliena iactura contra ius naturæ locupletetur, *l. nam hoc natura. 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Arqui dolus etiam futurus venit in hanc actionem, *§. non tantum 20. & sequent. supr.* Parumque interest an dolo ab initio fecerit, an ex postfacto incipiat facere cùm conuenitur. *l. 2. §. circa. infr. de dol. mal. except.* Nec quod pretium rei depositæ, depositum non fuerit, neq; ex re ipsa deposita peruenerit fauere heredi debet, sufficit enim ad eum obligandum, quod pretium habeat saltem occasione rei depositæ vt in *l. debitor 59. in fin. infr. ad S.C. Trebell.* & quod hodie non haberet, si depositum factum non fuisset, sic in *l. si in diem 16. §. idem Iulianus ait supr. de hered. pet. l. si non seruum 23. supr. de reb. cred.* Nam & ex delictis solent teneri heredes de eo quod ad ipsos peruenit, ne ex alieno scelere ditentur, *l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* quanto igitur magis ex contractibus, & ex proprio dolo, *l. heres socij. 40. infr. pro soc. l. 1. de fideiuss. tutor.*

2. Pavlvs libro 31. ad Edictum.

Qvid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? actiones suas tantummodò præstabit.

Ad l. Quid ergo. 2.

Rat. dvb. Depositarij hæres qui rem depositam vendidit licet ignorans & sine dolo malo vendiderit, tamẽ depositi tenetur, si pretium quod accepit, nolit reddere, quia hoc ipso dolo malo facit, alioqui non teneretur depositi, si dolum nullum admisisset, *d. §. vlt.* Atqui is qui ex proprio dolo conuenitur, indignus est cui succurratur, & ideo in solidum teneri debet, *l. illud 7. §. si cuius dolo supr. de tribut. act. l. si plures 38. in fin. infr. de admin. tut.* Ergo quamuis depositarij heres qui rem sine dolo malo vendidit, pretium nondum exegerit aut rem quæ pluris erat, minoris vendiderit, in solidum tamen teneri debet, nec proinde liberãdus est, etiamsi actionem, quam contra emptorem habet, præstare & credere velit.

Dec. Neque depositarius, neque depositarij heres tenetur depositi, nisi dolus eius interuenerit. Atqui ponimus nullum in proposita specie dolum heredis interuenisse, nisi in eo quod acceptum in venditione pretium nolit ei reddere qui rem deposuerat, tractamus enim de eo herede qui rem depositam ignorans depositam vendiderit bona fide. Ergo si pretium nondum exegerit, aut rem minoris vendiderit æquè bona fide nihil certè est quod ei possit imputari, aut cur teneri debeat depositi, nisi quia locupletior hoc ipso factus intelligitur ex venditione rei depositæ, quod de pretio

Aduersus emptorem habet actionem *l. si quid possessor. 31. supr. de petit. heredit.* Atqui quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet, quàm vt eam actionem præstet *d. l. si quid possessor. & l. quod debetur. 51. in fi. supr. de pecul. l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit. & l. heredem fideiussoris. 14. infr. tit. prox. mand.* Ergo in proposita specie non ad aliud tenetur heres depositarij, quam vt actionem quam contra emptorem habet, ei qui deposuit, præstet.

3. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

PLanè si possit rem redimere, & præstare: nec velit, non caret culpa:[a] quemadmodum nec si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare: causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Ad l. plane. 3.

RAT. DVB. Nemo cogitur rem alienam emere, siue sui siue alieni compendij gratia *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Contractus enim omnes ab initio sunt voluntatis, licet ex post facto sint necessitatis, vt sæpius diximus ex *l. sicut. 5. C. de ob. & act.* Ergo nec rem venditam redimere quisquam cogendus est, etiamsi maximè possit si velit, quia solius venditoris, non etiam emptoris gratia conuentio illa apposita intelligitur *l. 2. infr. de lege commis.* Non enim legem sibi dicit venditor sed emptori cùm paciscitur de retrouendendo *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. iuncta l. Lucus 40. in fin. infr de fideicom. libert.* Ergo etiamsi depositarij heres possit rem redimere quam depositam ignorans vendidit, siue ex facto de ea re interposito siue ex mera emptoris volũtate, nec tamen redimere velit vt eam præstet illi qui deposuit, non ideo tamen aliqua culpa illi imputari potest, multo minus dolus. Ac proinde ratio nulla est cur depositi teneatur.

DEC. Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exegerit, vel soluerit, quod exigere vel soluere possit *l. dolus est 44. inf. tit. prox.* Qui enim facere potest vt possit, iam videtur posse, vt habet iuris regula in *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo in dolo est depositarij heres si rẽ depositã quã vẽdidit, licet ignorãs redimere possit, vt eã restituat, nec velit, cũ per eũ esset quominus reddat. Nã & dici solet eũ qui actionem habet ad rem consequendam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. eod. tit. de reg. iur. sic in §. non solum. Inst. de leg. & in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.* imputatur heredi à quo res aliena legata est, cur eam nolit emere si possit iusto pretio, vt eam præstet legatario, iunge *l. non dubium 14. §. vlt. de leg. 3.* Quisquis enim ad aliquid obligatus est, ea omnia facere debet quantum in ipso est per quæ obligationi satisfacere possit, ne per eum stare videatur *l. in omnibus causis. 39. de reg. iur.*

a *Quemadmodum si redemptam.* RAT. DVB. In cõtractibus initium semper inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de S. C. Maced.* Atqui ponimus heredem hunc depositarij, de quo loquimur, ab initio bona fide rem depositam vendidisse, nec dolo malo quicquam fecisse cùm depositam ignoraret. Ergo quãuis eam postea redemerit, aut alia qualibet ratione suam fecerit, non eo magis depositi actione teneri debet, vt eam cogatur reddere, quippe quam possidere intelligatur, non tam quasi depositarij heres quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. qui duos. supr. de adopt.*

DEC. In actione depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam præsens & futurus *l. 1. §. non tantum. 19. & sequentib. sup. hoc tit.* Atqui depositarij heres in proposito casu licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen incipit facere, cùm rem depositam, quam restituere posset si vellet, nõ restituit *d. l. 1. §. est autem 22. supr. & d. l. dolus. 44. inf. tit. prox. l. 2. §. circa inf. de dol. mal. & met. except.* Nec curamus qua tandem via vel ratione depositarij heres rem illam depositam quam vẽdiderat, recuperauerit, sufficit enim ad eum obligandũ, quod restituendæ rei habeat facultatem *d l. 1. §. idem Neratius 21. supr. d. l. si procuratorem 8. §. dolo autem penult. infr. tit. prox. l. si quis inficiatus 13. in princip. infr. hoc tit.*

4. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SEd etsi non sit heres, sed putauit se heredem, & vendidit: simili modo lucrum ei extorquebitur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Is qui putans se heredem depositarij vendidit rem depositam quasi hereditariam, & ignorans depositam, neq; in dolo, neque in culpa esse videri potest, quamuis pretium bona fide exegerit. Ergo depositi actione teneri non potest, nec magis tanquam heres depositarij quàm quasi depositarius, cùm heres non sit: nec depositi actio competere possit aduersus alium quam depositarium ipsum, aut heredem eius.

DEC. Bona fides non patitur, vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur, *l. idémque 10. §. 1. infr. tit. prox.* Ne scilicet ex aliena iactura locupletetur contra iuris naturalis æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ, 206. de reg. iur.* Atqui hic de quo agimus, tametsi neque depositarius sit, neque depositarij heres, vendidit tamẽ rem depositam quasi hereditariam, cùm se heredem existimaret, ac proinde occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. §. 1. in fin. infr ad S. C. Trebell.* Adeò que quod magis est occasione depositi. Nec enim rem in hereditate inuenisset, ac quasi hereditariam vendere potuisset, si penes defunctum deposita prius non fuisset. Res enim depositæ vel commodatæ, licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis, *l. 2. §. in hac actione 22. inf. de vi bonor. rapt.* Hoc verò sufficit, vt pretium rei depositæ quam vendidit, ei extorqueri debeat, quod nec bonæ fidei possessori hereditatis vllum relinqui debeat. *l. post SC. 28. iuncta l. sed etsi 28. supr. de hered. petit.* Et quidem quod magis est actione depositi, cùm depositum sicut venditioni, ita & actioni huic causam dederit, sicut solemus dicere actiones ex delictis etiam mere penales, quamuis in heredem non transeãt, hactenus tamen competere, vt turpe lucrum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur, *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nempe quia licet crimina morte extinguantur, nec heres successor sit delicti, occasione tamen

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si poneres rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, ne in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg. d.l. venditor 59. in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

EI, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l. Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l. 1. §. in deposit.* Iuncto *§. hanc actionem 23. supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l. si filiofam. 25. §. 1. supr. sol. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt euenit in directa actione depositi, cæterisq; directis putà commodati, & pignoratitia. Atqui in contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti 6. §. vlt. inf. de his qui notant. infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rē depositā vel cōmodatam, vel pignoratam aliquid impēdit. Nō enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eā præstari æquū est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litē nō potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litē iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l. si pignore 22. §. si post infr. de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonę fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d. l. non enim & d. l. si filiofam. §. 1. l. si vendidero 80. infr. de furt.* De quo diximus latiùs ad *d. l. in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem potest iurari. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib. de reg. 110.* Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l. si traditio 4. Cod. de action. empt. l. si cùm fundum 68. §. 1. in fin. infr. de contrah. empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam sit tradita, *l. quod vendidit 19. de contrah. empt. l. quoties 15. C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l. 2. §. in hac actione infr. vi bonor. rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionnem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I.C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs 24 §. sed si postulatur supr. de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est *§. 1. Inst. de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamē cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nā cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, siquidem nihil aliud est sequester, quàm depositū, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eādem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester 110. de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l. penult infr. hoc tit.* & sequestrare in *l. si cùm dotem 22. §. sin autem 8. solut. matrim.* & totus ille §. cum præcedēti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

Aduersus emptorem habet actionem *l. si quid possessor. 31. supr. de petit. heredit.* Atqui quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet, quàm vt eam actionem præstet *d. l. si quid possessor. & l. quod debetur. 51. in fi. supr. de pecul. l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit. & l. heredem fideiussoris. 14. infr. tit. prox. mand.* Ergo in proposita specie non ad aliud tenetur heres depositarij, quam vt actionem quam contra emptorem habet, ei qui deposuit, præstet.

3. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

PLanè si possit rem redimere, & præstare: nec velit, non caret culpa:[a] quemadmodum nec si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare: causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Ad l. plane. 3.

RAT. DVB. Nemo cogitur rem alienam emere, siue sui siue alieni compendij gratia *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Contractus enim omnes ab initio sunt voluntatis, licet ex post facto sint necessitatis, vt sæpius diximus ex *l. sicut. 5. C. de ob. & act.* Ergo nec rem venditam redimere quisquam cogendus est, etiamsi maximè possit si velit, quia solius venditoris, non etiam emptoris gratia conuentio illa apposita intelligitur *l. 2. infr. de lege commiss.* Non enim legem sibi dicit venditor sed emptori cùm paciscitur de retrouendendo *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. iuncta l. Lucius 40. in fin. infr de fideicom. libert.* Ergo etiamsi depositarij heres possit rem redimere quam depositam ignorans vendidit, siue ex facto de ea re interposito siue ex mera emptoris volũtate, nec tamen redimere velit vt eam præstet illi qui deposuit, non ideo tamen aliqua culpa illi imputari potest, multo minus dolus. Ac proinde ratio nulla est cur depositi teneatur.

DEC. Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exegerit, vel soluerit, quod exigere vel soluere possit *l. dolus est 44. inf. tit. prox.* Qui enim facere potest vt possit, iam videtur posse, vt habet iuris regula in *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo in dolo est depositarij heres si rẽ depositã quã vẽdidit, licet ignorãs redimere possit, vt eã restituat, nec velit, cũ per eũ esset quominus reddat. Nã & dici solet eũ qui actionem habet ad rem consequendam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. eod. tit. de reg. iur. sic in §. non solum. Inst. de leg. & in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.* imputatur heredi à quo res aliena legata est, cur eam nolit emere si possit iusto pretio, vt eam præstet legatario, iunge *l. non dubium 14. §. vlt. de leg. 3.* Quisquis enim ad aliquid obligatus est, ea omnia facere debet quantum in ipso est per quæ obligationi satisfacere possit, ne per eum stare videatur *l. in omnibus causis. 39. de reg. iur.*

a *Quemadmodum si redemptam.* RAT. DVB. In cõtractibus initium semper inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de S. C. Maced.* Atqui ponimus heredem hunc depositarij, de quo loquimur, ab initio bona fide rem depositam vendidisse, nec dolo malo quicquam fecisse cùm depositam ignoraret. Ergo quãuis eam postea redemerit, aut alia qualibet ratione suam fecerit, non eo magis depositi actione teneri debet, vt eam cogatur reddere, quippe quam possidere intelligatur, non tam quasi depositarij heres quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. qui duos. supr. de adopt.*

DEC. In actione depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam præsens & futurus *l. 1. §. non tantum. 19. & sequentib. sup. hoc tit.* Atqui depositarij heres in proposito casu licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen incipit facere, cùm rem depositam, quam restituere posset si vellet, nõ restituit *d. l. 1. §. est autem 22. supr. & d. l. dolus. 44. inf. tit. prox. l. 2. §. circa inf. de dol. mal. & met. except.* Nec curamus qua tandem via vel ratione depositarij heres rem illam depositam quam vẽdiderat, recuperauerit, sufficit enim ad eum obligandũ, quod restituendæ rei habeat facultatem *d l. 1. §. idem Neratius 21. supr. d. l. si procuratorem 8. §. dolo autem penult. infr. tit. prox. l. si quis infitiatus 13. in princip. infr. hoc tit.*

4. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SEd etsi non sit heres, sed putauit se heredem, & vendidit: simili modo lucrum ei extorquebitur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Is qui putans se heredem depositarij vendidit rem depositam quasi hereditariam, & ignorans depositam, neq; in dolo, neque in culpa esse videri potest, quamuis pretium bona fide exegerit. Ergo depositi actione teneri non potest, nec magis tanquam heres depositarij quàm quasi depositarius, cùm heres non sit: nec depositi actio competere possit aduersus alium quam depositarium ipsum, aut heredem eius.

DEC. Bona fides non patitur, vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur, *l. idémque 10. §. 1. infr. tit. prox.* Ne scilicet ex aliena iactura locupletetur contra iuris naturalis æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ, 206. de reg. iur.* Atquin hic de quo agimus, tametsi neque depositarius sit, neque depositarij heres, vendidit tamẽ rem depositam quasi hereditariam, cùm se heredem existimaret, ac proinde occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. §. 1. in fin. infr ad S. C. Trebell.* Adeóque quod magis est occasione depositi. Nec enim rem in hereditate inuenisset, ac quasi hereditariam vendere potuisset, si penes defunctum deposita prius non fuisset. Res enim depositæ vel commodatæ, licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis, *l. 2. §. in hac actione 22. inf. de vi bonor. rapt.* Hoc verò sufficit, vt pretium rei depositæ quam vendidit, ei extorqueri debeat, quod nec bonæ fidei possessori hereditatis vllum relinqui debeat. *l. post SC. 28. iuncta l. sed etsi 28. supr. de hered. petit.* Et quidem quod magis est actione depositi, cùm depositum sicut venditioni, ita & actioni huic causam dederit, sicut solemus dicere actiones ex delictis etiam mere penales, quamuis in heredem non transeãt, hactenus tamen competere, vt turpe lucrum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur, *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nempe quia licèt crimina morte extinguantur, nec heres successor sit delicti, occasione tamen delicti

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si poneres rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, ne in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg d.l.venditor 59.in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

EI, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l. Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l.1.§. in depositi.* Iuncto *§. hanc actionem 23. supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l. si filiofam. 25. §.1. supr. sol. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt euenit in directa actione depositi, cæterisq; directis putà commodati, & pignoratitia. Atqui in contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti 6. §. vlt. inf. de his qui notant. infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rē depositā vel cōmodatam, vel pignoratam aliquid impēdit. Nō enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eā præstari æquū est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litē nō potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litē iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l. si pignore 22. §. si post infr. de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonę fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d.l. non enim & d.l. si filiofam. §.1. l. si vendidero 80. infr. de furt.* De quo diximus latiùs ad *d.l. in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem potest iurari. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib. de reg. 110.* Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l si traditio 4. Cod. de action. empt. l. si cùm fundum 68. §.1. in fin. infr. de contrah. empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam sit tradita, *l. quod vendidit 19. de contrah. empt. l. quoties 15. C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l.2. §. in hac actione infr. vi bonor. rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I.C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs 24 §. sed si postulatur supr. de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est *§.1. Inst. de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamē cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nā cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, siquidem nihil aliud est sequester, quàm depositū, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eādem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester 110. de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l. penult infr. hoc tit.* & sequestrare in *l. si cùm dotem 22. §. sin autem 8. solut. matrim.* & totus ille §. cum prædecēti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

Aduersus emptorem habet actionem *l. si quid possessor. 31. supr. de petit. heredit.* Atqui quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet, quàm vt eam actionem præstet *d. l. si quid possessor. & l. quod debetur. 51. in fi. supr. de pecul. l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit. & l. heredem fideiussoris. 14. infr. tit. prox. mand.* Ergo in proposita specie non ad aliud tenetur heres depositarij, quam vt actionem quam contra emptorem habet, ei qui deposuit, præstet.

3. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

PLanè si possit rem redimere, & præstare: nec velit, non caret culpa:[a] quemadmodum nec si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare: causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Ad l. plane. 3.

RAT. DVB. Nemo cogitur rem alienam emere, siue sui siue alieni compendij gratia *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Contractus enim omnes ab initio sunt voluntatis, licet ex post facto sint necessitatis, vt sæpius diximus ex *l. sicut. 5. C. de ob. & act.* Ergo nec rem venditam redimere quisquam cogendus est, etiamsi maximè possit si velit, quia solius venditoris, non etiam emptoris gratia conuentio illa apposita intelligitur *l. 2. infr. de lege commiss.* Non enim legem sibi dicit venditor sed emptori cùm paciscitur de retrouendendo *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. iuncta l. Lucus 40. in fin. infr. de fideicom. libert.* Ergo etiamsi depositarij heres possit rem redimere quam depositam ignorans vendidit, siue ex facto de ea re interposito siue ex mera emptoris volũtate, nec tamen redimere velit vt eam præstet illi qui deposuit, non ideo tamen aliqua culpa illi imputari potest, multo minus dolus. Ac proinde ratio nulla est cur depositi teneatur.

DEC. Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exegerit, vel soluerit, quod exigere vel soluere possit *l. dolus est 44. inf. tit. prox.* Qui enim facere potest vt possit, iam videtur posse, vt habet iuris regula in *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo in dolo est depositarij heres si rẽ depositã quã vẽdidit, licet ignorãs redimere possit, vt eã restituat, nec velit, cũ per eũ esset quominus reddat. Nã & dici solet eũ qui actionem habet ad rem consequendam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. eod. tit. de reg. iur. sic in §. non solum. Inst. de leg. & in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.* imputatur heredi à quo res aliena legata est, cur eam nolit emere si possit iusto pretio, vt eam præstet legatario, iunge *l. non dubium 14. §. vlt. de leg. 3.* Quisquis enim ad aliquid obligatus est, ea omnia facere debet quantum in ipso est per quæ obligationi satisfacere possit, ne per eum stare videatur *l. in omnibus causis. 39. de reg. iur.*

a *Quemadmodum si redemptam.* RAT. DVB. In cõtractibus initium semper inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de S. C. Maced.* Atqui ponimus heredem hunc depositarij, de quo loquimur, ab initio bona fide rem depositam vendidisse, nec dolo malo quicquam fecisse cùm deposit amignoraret. Ergo quãuis eam postea redemerit, aut alia qualibet ratione suam fecerit, non eo magis depositi actione teneri debet, vt eam cogatur reddere, quippe quam possidere intelligatur, non tam quasi depositarij heres quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. qui duos. supr. de adopt.*

DEC. In actione depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam præsens & futurus *l. 1. §. non tantum. 19. & sequentib. sup. hoc tit.* Atqui depositarij heres in proposito casu licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen incipit facere, cùm rem depositam, quam restituere posset si vellet, nõ restituit *d. l. 1. §. est autem 22. supr. & d. l. dolus. 44. inf. tit. prox. l. 2. §. circa inf. de dol. mal. & met. except.* Nec curamus qua tandem via vel ratione depositarij heres rem illam depositam quam vẽdiderat, recuperauerit, sufficit enim ad eum obligandũ, quod restituendæ rei habeat facultatem *d l. 1. §. idem Neratius 21. supr. d. l. si procuratorem 8. §. dolo autem penult. infr. tit. prox. l. si quis inficiatus 13. in princip. infr. hoc tit.*

4. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SEd etsi non sit heres, sed putauit se heredem, & vendidit: simili modo lucrum ei extorquebitur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Is qui putans se heredem depositarij vendidit rem depositam quasi hereditariam, & ignorans depositam, neq; in dolo, neque in culpa esse videri potest, quamuis pretium bona fide exegerit. Ergo depositi actione teneri non potest, nec magis tanquam heres depositarij quàm quasi depositarius, cùm heres non sit: nec depositi actio competere possit aduersus alium quam depositarium ipsum, aut heredem eius.

DEC. Bona fides non patitur, vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur, *l. idémque 10. §. 1. infr. tit. prox.* Ne scilicet ex aliena iactura locupletetur contra iuris naturalis æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ, 206. de reg. iur.* Atquin hic de quo agimus, tametsi neque depositarius sit, neque depositarij heres, vendidit tamẽ rem depositam quasi hereditariam, cùm se heredem existimaret, ac proinde occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. §. 1. in fin. infr ad S.C. Trebell.* Adeò que quod magis est occasione depositi. Nec enim rem in hereditate inuenisset, ac quasi hereditariam vendere potuisset, si penes defunctum deposita prius non fuisset. Res enim depositæ vel commodatæ, licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis, *l. 2. §. in hac actione 22. inf. de vi bonor. rapt.* Hoc verò sufficit, vt pretium rei depositæ quam vendidit, ei extorqueri debeat, quod nec bonæ fidei possessori hereditatis vllum relinqui debeat. *l. post SC. 28. iuncta l. sed etsi 28. supr. de hered. petit.* Et quidem quod magis est actione depositi, cùm depositum sicut venditioni, ita & actioni huic causam dederit, sicut solemus dicere actiones ex delictis etiam mere penales, quamuis in heredem non transeat, hactenus tamen competere, vt turpe lucrum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur, *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nempe quia licet crimina morte extinguantur, nec heres successor sit delicti, occasione tamen delicti

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si poneres rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, ne in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg. d.l. venditor* 59. *in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

EI, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l. Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib.* 5. *supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l.* 1. §. *in depositi.* Iuncto §. *hanc actionem* 23. *supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l. si filiofam.* 25. §. 1. *supr. sol. matrim. l. non enim* 9. *rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt euenit in directa actione depositi, cæterísq; directis putà commodati, & pignoratitia. Atqui in contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti* 6. §. *vlt. inf. de his qui notant. infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rē depositā vel cōmodatam, vel pignoratam aliquid impēdit. Nō enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eā præstari æquū est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litē nō potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litē iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l. si pignore* 22. §. *si post infr. de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonę fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d. l. non enim & d. l. si filiofam.* §. 1. *l. si vendidero* 80. *infr. de furt.* De quo diximus latiùs ad *d. l. in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem potest iurari. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib.* de reg. 110. Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l. si traditio* 4. *Cod. de action. empt. l. si cùm fundum* 68. §. 1. *in fin. infr. de contrah. empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam sit tradita, *l. quod vendidit* 19. *de contrah. empt. l. quoties* 15. *C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l.* 2. §. *in hac actione infr. vi bonor. rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I.C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l. qui restituere* 68. *supr. de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs* 24 §. *sed si postulatur supr. de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est §. 1. *Inst. de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamē cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nā cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, siquidem nihil aliud est sequester, quàm depositū, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eādem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester* 110. *de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l. penult infr. hoc tit.* & sequestrare in *l. si cùm dotem* 22. §. *sin autem* 8. *solut. matrim.* & totus ille §. cum præcedēti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

Aduersus emptorem habet actionem *l. si quid possessor. 31. supr. de petit. heredit.* Atqui quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet, quàm vt eam actionem præstet *d. l. si quid possessor. & l. quod debetur. 51. in fi. supr. de pecul. l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit. & l. heredem fideiussoris. 14. infr. tit. prox. mand.* Ergo in proposita specie non ad aliud tenetur heres depositarij, quam vt actionem quam contra emptorem habet, ei qui deposuit, præstet.

3. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

PLanè si possit rem redimere, & præstare: nec velit, non caret culpa:[a] quemadmodum nec si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare: causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Ad l. plane. 3.

RAT. DVB. Nemo cogitur rem alienam emere, siue sui siue alieni compendij gratia *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Contractus enim omnes ab initio sunt voluntatis, licet ex post facto fint necessitatis, vt sæpius diximus ex *l. sicut. 5. C. de ob. & act.* Ergo nec rem venditam redimere quisquam cogendus est, etiamsi maximè possit si velit, quia solius venditoris, non etiam emptoris gratia conuentio illa apposita intelligitur *l. 2. infr. de lege commis.* Non enim legem sibi dicit venditor sed emptori cùm paciscitur de retrouendendo *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. iuncta l. Lucus 40. in fin. infr de fideicom. libert.* Ergo etiamsi depositarij heres possit rem redimere quam depositam ignorans vendidit, siue ex facto de ea re interposito siue ex mera emptoris volũtate, nec tamen redimere velit vt eam præstet illi qui deposuit, non ideo tamen aliqua culpa illi imputari potest, multo minus dolus. Ac proinde ratio nulla est cur depositi teneatur.

DEC. Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exegerit, vel soluerit, quod exigere vel soluere possit *l. dolus est 44. inf. tit. prox.* Qui enim facere potest vt possit, iam videtur posse, vt habet iuris regula in *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo in dolo est depositarij heres si rẽ depositã quã vẽdidit, licet ignorãs redimere possit, vt eã restituat, nec velit, cũ per eũ esset quominus reddat. Nã & dici solet eũ qui actionem habet ad rem consequendam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. eod. tit. de reg. iur. sic in §. non solum. Inst. de leg. & in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.* imputatur heredi à quo res aliena legata est, cur eam nolit emere si possit iusto pretio, vt eam præstet legatario, iunge *l. non dubium 14. §. vlt. de leg. 3.* Quisquis enim ad aliquid obligatus est, ea omnia facere debet quantum in ipso est per quæ obligationi satisfacere possit, ne per eum stare videatur *l. in omnibus causis. 39. de reg. iur.*

a *Quemadmodum si redemptam.* RAT. DVB. In cõtractibus initium semper inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de S. C. Maced.* Atqui ponimus heredem hunc depositarij, de quo loquimur, ab initio bona fide rem depositam vendidisse, nec dolo malo quicquam fecisse cùm depositam ignoraret. Ergo quãuis eam postea redemerit, aut alia qualibet ratione suam fecerit, non eo magis depositi actione teneri debet, vt eam cogatur reddere, quippe quam possidere intelligatur, non tam quasi depositarij heres quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. qui duos. supr. de adopt.*

DEC. In actione depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam præsens & futurus *l. 1. §. non tantum. 19. & sequentib. sup. hoc tit.* Atqui depositarij heres in proposito casu licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen incipit facere, cùm rem depositam, quam restituere posset si vellet, nõ restituit *d. l. 1. §. est autem 22. supr. & d. l. dolus. 44. inf. tit. prox. l. 2. §. circa inf. de dol. mal. & met. except.* Nec curamus qua tandem via vel ratione depositarij heres rem illam depositam quam vẽdiderat, recuperauerit, sufficit enim ad eum obligandũ, quod restituendæ rei habeat facultatem *d l. 1. §. idem Neratius 21. supr. d. l. si procuratorem 8. §. dolo autem penult. infr. tit. prox. l. si quis inficiatus 13. in princip. infr. hoc tit.*

4. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SEd etsi non sit heres, sed putauit se heredem, & vendidit: simili modo lucrum ei extorquebitur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Is qui putans se heredem depositarij vendidit rem depositam quasi hereditariam, & ignorans depositam, neq; in dolo, neque in culpa esse videri potest, quamuis pretium bona fide exegerit. Ergo depositi actione teneri non potest, nec magis tanquam heres depositarij quàm quasi depositarius, cùm heres non sit: nec depositi actio competere possit aduersus alium quam depositarium ipsum, aut heredem eius.

DEC. Bona fides non patitur, vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur, *l. idémque 10. §. 1. infr. tit. prox.* Ne scilicet ex aliena iactura locupletetur contra iuris naturalis æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ, 206. de reg. iur.* Atqui hic de quo agimus, tametsi neque depositarius sit, neque depositarij heres, vendidit tamẽ rem depositam quasi hereditariam, cùm se heredem existimaret, ac proinde occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. §. 1. in fin. infr ad S. C. Trebell.* Adeò que quod magis est occasione depositi. Nec enim rem in hereditate inuenisset, ac quasi hereditariam vendere potuisset, si penes defunctum deposita prius non fuisset. Res enim depositæ vel commodatæ, licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis, *l. 2. §. in hac actione 22. inf. de vi bonor. rapt.* Hoc verò sufficit, vt pretium rei depositæ quam vendidit, ei extorqueri debeat, quod nec bonæ fidei possessori hereditatis vllum relinqui debeat. *l. post SC. 28. iuncta l. sed etsi 28. supr. de hered. petit.* Et quidem quod magis est actione depositi, cùm depositum sicut venditioni, ita & actioni huic causam dederit, sicut solemus dicere actiones ex delictis etiam mere penales, quamuis in heredem non transeãt, hactenus tamen competere, vt turpe lucrum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur, *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nempe quia licet crimina morte extinguantur, nec heres successor sit delicti, occasione tamen

delicti

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si poneres rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, ne in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg d.l.venditor 59.in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l.Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib. 5.supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l.1.§. in depositi.* Iuncto *§.hanc actionem 23.supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l.si filiofam. 25.§.1.supr.sol.matrim. l.non enim 9. rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt euenit in directa actione depositi, cæterisq; directis putà commodati, & pignoratitia. Atqui in contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti 6.§.vlt. inf.de his qui notant.infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rẽ depositã vel cõmodatam, vel pignoratam aliquid impẽdit. Nõ enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eã præstari æquũ est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litẽ nõ potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litẽ iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l.si pignore 22.§.si post infr.de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonę fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d.l.non enim & d.l.si filiofam. §.1.l. si vendidero 80.infr.de furt.* De quo diximus latiùs ad *d.l.in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem potest iurari. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib. de reg.110.* Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l si traditio 4.Cod.de action.empt.l.si cùm fundum 68.§.1.in fin.infr.de contrab.empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam sit tradita, *l.quod vendidit 19.de contrah.empt.l. quoties 15. C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l.2.§.in hac actione infr. vi bonor.rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I.C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l.qui restituere 68.supr.de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs 24 §.sed si postulatur supr.de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est *§.1.Inst.de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamẽ cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nã cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, siquidem nihil aliud est sequester, quàm depositũ, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eãdem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester 110. de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l.penult infr.hoc tit.* & sequestrare in *l.si cùm dotem 22. § sin autem 8.solut.matrim.* & totus ille §. cum præcedẽti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

pecunia aliud certè est, cùm non amplius interfit eius qui depofuit, fi modo vterq; depofitarius fit foluendo, vt Marcellus tractat in *l. fi duo 22. infr. hoc tit.* Miror verò Accurfium contra fcribere plures depofitarios teneri femper pro partibus, nifi actum fit, vt quilibet in folidum teneatur, quomodo comminifcitur actum fuiffe in hac lege & in *d. l. eandem & in l. fi vt certo 5. §. fin. fupr. commod.* & in *d. l. ftipulationes non diuiduntur.* In quibus tamen locis omnibus nihil eft ex quo poffis diuinare, id actum effe, de quo tamen vide, quæ fcripfimus pluribus *ad d. l. 5. § vlt. commod.* Magifque probabiliter dubitari poteft, An quod prior conuentus præftitit alij prodeffe debeat, fi ambo doli rei fint, vt fatis innuit Vlpianus in *d. l. fi ex duob.* Sed tamen verius eft, quod hic idem Vlpianus concludit, fi alter conuentus id quod intereft præftiterit, alterum liberari, exemplo etiam tutorum, cùm non detur actio depofiti nifi ad id quod intereft actoris, nihil autem dici poffit intereffe eius, qui iam folidum confequutus fit, *d. l. fi duo.* Alij tamen pleriqne cafus funt in quibus quæritur, an pluribus eandem rem debentibus fola vnius electione alius liberetur, an verò fola perceptione, de quo videnda funt quæ fcripfimus ad *l. perceptione 4. fupr. de his qui effud. vel deiec.*

44 ¶ Sed fi duo depofuerint, & ambo agant: fi quidem fic depofuerunt, vt vel vnus tollat totum: poterit in folidum agi. fi vero pro parte, pro qua eorum intereft: tunc dicendum eft, in partem condemnationem faciendam.

Ad §. Sed fi duo. 44.

RAT. DVB. Reftituendi obligatio indiuidua eft, vt diximus ad §. *præcedentem.* Ergo quemadmodum fi apud duos res aliqua depofita fit, vnufquifque eorum in folidum tenetur, *d. §. præcedente.* Ita dicendum videtur, fi duo eandem rem depofuerint, vnumquemque eorum depofiti in folidum agere poffe; Etiamfi non fic depofuerint, vt vel vnus eorum totam rem poffet tollere, quo cafu nemo dubitat, quin vnus in folidum agere poffit.

DEC. Multum intereft, an apud duos depofitum fit, an à duobus, priore cafu, intereft actoris folidam rem ab vno quoque ex depofitariis confequi, quia tota res ad eum pertinet. Pofteriore verò cafu, vniufcuiufq; eorum qui depofuerunt, non intereft nifi pro ea parte quam quifque habet in depofito. Mirum igitur non eft fi priore cafu deponenti actio detur in folidum, pofteriore verò fingulis deponentibus pro parte tantum, æftimandum enim femper eft ius agendi ex eo quod actoris intereft, præfertim cum tractamus de ea actione quæ non nifi ad id quod intereft, competit, cuiufmodi eft actio depofiti, *l. fi duo 22. infr hoc tit. iuncta lege licet 17. in princip. eod.* vt & actiones omnes in quibus agitur ad factũ *l. fi quis ab alio 13. in fin. inf. de re iudic. l. ftipulationes non diuiduntur. 72 & l. in executione 85. de verb. obl.* Nec proinde diftinguendum eft in fpecie huius §. quomodo Accurfius diftinguere videtur, an res depofita fit diuifibilis an indiuifibilis, nam etfi maximè indiuifibilis fit, verum tamen eft non intereffe vniufcuiufque eorum qui depofuerunt, nifi pro ea parte quam habuerunt in depofito, cùm non potuerint finguli habere folidum, *l. fi vt certo 5. §. vltim. fupr. commod.* Idque non obfcutè Vlpianus in hoc §. infinuat, cùm ait, fi non fic depofuerint, vt vel vnus totum tollere poffet, fed pro ea tantum parte pro qua ipforum intereffet, tunc dicendum effe in parte condemnationem faciendam. Itaque placet quod Accurfius hic notat ex *d. l. licet*, cùm plures rem communem deponunt, id in dubio actum videri, vt finguli pro ea tantum parte pro qua eorũ intereft, depofiti agere poffint. Similis ferè ratio diuerfitatis affertur in *l. 3. §. 1. iuncta l. 2. §. penult. & vlt. infr. de verb. obl.*

45 ¶ Si depofuero apud te, vt poft mortem tuam reddas: & tecum, & cum herede tuo poffum depofiti agere: poffum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depofitum repetere.

46 ¶ Proinde & fi fic depofuero, vt poft mortem meam reddatur: potero & ego, & heres meus agere depofiti mutata voluntate.

Ad §. Si depofuero. 45. & §. Proinde. 46.

RAT. DVB. Cùm in contractu aliquo certa lex appofita eft, ftari ei oportet, nec poteft ea lex immutari arbitrio alterutrius contrahentium *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de folut.* Contractus enim omnes vt vulgo iactari folet, ab initio funt voluntatis, ex poft facto autem neceffitatis. *l. in commodato. 17. §. 1. fupr. Commod. l. ficut. 5. Cod. de oblig. & act.* Ergo fi fic apud te rem aliquam depofuero, vt poft mortem tuam mihi reddatur, lex depofiti feruanda eft. *§. fi conuenit. 6. fupr.* ac proinde fi velim à te viuo depofitum repofcere quod ex conuentione non nifi poft mortem tuam reddi mihi debuit, non eft mihi permittendum, vt tecum agam depofiti, fed tantum vt cum herede tuo, de quo nimirum folo obligando conuenit hoc ipfo quod inter nos actum eft, vt poft mortem demum tuam mihi redderetur.

DEC. In omnibus contractibus infpiciendum eft non tam quid conuenerit, quàm qua mente & cuius gratia, nec enim vnquam ferendum eft, vt ei noceat conuentio quo quo fuit appofita *l. in ratione 30. §. tametfi verfic. fed id non eft verifimile infr. ad l. falcid. iuncta l. nulla 25. fupr. de legib. l. quod fauore. 6. C. eod.* Atqui in propofita fpecie, cùm rem meam fic apud te depofui, vt ea mihi poft mortem tuam redderetur, non mihi, fed tibi heredíq; tuo legem dicere volui, vt loquitur Iurifconfultus in *l. Thais in fin. 40. infr. de fideicom. libert.* Ergo non poteft mihi nocere pactio, quominus etiam te viuo, & à te poffim depofitum repetere. Nec ad rem facit quod cafus reddendi poft mortem tuam depofiti, qui folus pactione deprehenfus eft, excludere videatur cafum contrarium de depofito reddendo te viuo, *arg. l. fi cùm dotem 22. in princip. infr. folut. mat. l. commodiffimè 10 infr. de liber. & pofth. l. inter focerum 26. §. cùm inter*

inter infr. de pact. dotal. Casus enim omissus remanet in dispositione iuris communis, vt ex iisdem legibus probare nostri solent. Ex iure autem communi obligaris depositi, etiamsi nulla de eo reddendo pactio interuenerit, ob hoc ipsum tantum, quia depositum suscepisti quod potissimũ re contrahitur. Nihil ergo prohibet quominus etiam te viuo possim mutare voluntatem & ante mortem tuam depositum repetere cum nulla in eo tibi fiat iniuria, nec sim obligatus ne ante constitutum tempus depositi agere possim, quamuis conuenerim, vt post mortem tuam redderes, alioqui quid diceremus, si absque herede & successore vllo moreretis, vt in *§. idem quærit. 14. supr. hac leg.* an dicendum esset nullam mihi actionem depositi siue viuo te, siue mortuo competituram? sic in *l. si verò 12. §. si mandauero 6. l. si quis alicui. 27. §. 1. infr. tit. prox.* Proinde vt sequitur in hoc §. *Et si sic deposuero, vt post mortem meam reddas, non solum heres meus depositi agere possit, sed & ego ipse mutata voluntate.* Eadem enim ad hunc versiculum quæ ad superiorem dubitandi & decidendi ratio est. Sanè in eo quippe obligatus est, mutatio voluntatis aut nullo modo aut difficilius permittitur. *d. l. huiusmodi. 84. §. Stichum aut Pamphilum 9.* nisi verba cõuentionis ita ferant, vt in *l. si quis stipulatus. 112. in princip. de verb. ob.*

47 ¶Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit: quæsitum est: si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxit, ignorans depositam, vel commodatam: an teneatur. & quia dolo non fecit: non tenebitur de re. an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum peruenit: & verius est, teneri eum. hoc enim ipso dolo facit, quòd id, quod ad se peruenit, non reddit.

Ad §. Quia autem. vlt.

Rat. dub. In actione depositi dolus tantum venit, aut saltem lata culpa. quæ ad dolum proximè accedit, *§. si rem à seruo 32. & passim. supr. & l. quod Nerua. 32 infr. hoc tit.* Atqui heres, qui rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam vel commodatam fuisse, nihil dolo malo fecisse videri potest, cùm diuinare non debuerit, & semper probabilis sit ignorantia facti alieni, *l. vlt. infr. pro suo l. qui in alterius 42. de reg. iur. §. sed tamen Inst. de vsucap.* Nec proinde in lata culpa est magis quàm in dolo. Ergo actione depositi teneri non potest, neque vt rem reddat, quam nec habet, nec dolo desiit habere, neque vt precium rei depositæ restituat, quod ipsum non fuit depositum, sicut enim pretium rei communis, non est commune, nec è contrario res communis, quæ est empta ex pecunia cõmuni, *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro soc.* Nec res pignorata quæ est empta ex pecunia pignorata *l. idémque in fin. infr. qui pot. in pign. hab.* Neque dotalis quæ est empta ex pecunia dotali, *l. ex pecunia. 12. C. de iur. dot.* Nec denique res furtiua quæ empta est ex pecunia furtiua, *l. qui vas 42. §. vlt. infr. de furt.* Ita nec pecunia videri potest deposita quæ redacta est ex pretio rei depositæ. Aliud enim res ipsa est, aliud rei pretium, *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufruct. l. nemo rem suam 82. infr. de verb. obl.* quia pretium rei venditæ non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur, *l. venditor. 22. infr. de hered. vel act. vend.*

Dec. Nihil quidem dolo fecit depositarij heres qui rem depositam ignorans vendidit, quomodo fecisset depositarius si ipse vendidisset *§. si rem depositam 25. supr.* Sed nunc dolo facit, cùm rei depositæ pretium, quod ad se ex rei depositæ venditione peruenit, non vult reddere, non minus quàm si rem ipsam depositam haberet, eamque restituere recusaret *§. est autem 22. supr.* Quid enim aliud agit cùm rei depositæ pretium retinet, nisi vt ex aliena iactura contra ius naturæ locupletetur, *l. nam hoc natura. 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Atqui dolus etiam futurus venit in hanc actionem, *§. non tantum 20. & sequent. supr.* Parumque interest an dolo ab initio fecerit, an ex postfacto incipiat facere cùm conuenitur, *l. 2. §. circa. infr. de dol. mal. except.* Nec quod pretium rei depositæ, depositum non fuerit, neq; ex re ipsa deposita peruenerit fauere heredi debet, sufficit enim ad eum obligandum, quod pretium habeat saltem occasione rei depositæ vt in *l. debitor 59. in fin. infr. ad S.C. Trebell.* & quod hodie non haberet, si depositum factum non fuisset, sic in *l. si in diem 16. §. idem Iulianus ait supr. de hered. pet. l. si non seruum 23. supr. de reb. cred.* Nam & ex delictis solent teneri herede de eo quod ad ipsos peruenit, ne ex alieno scelere ditentur, *l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* quanto igitur magis ex contractibus, & ex proprio dolo, *l. heres socij. 40. infr. pro soc. l. 1. de fideiuss. tutor.*

2. Pavlvs libro 31. ad Edictum.

Qvid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? actiones suas tantummodò præstabit.

Ad l. Quid ergo. 2.

Rat. dub. Depositarij hæres qui rem depositam vendidit licet ignorans & sine dolo malo vendiderit, tamẽ depositi tenetur, si pretium quod accepit, nolit reddere, quia hoc ipso dolo malo facit, alioqui non teneretur depositi, si dolum nullum admisisset, *d. §. vlt.* Atqui is qui ex proprio dolo conuenitur, indignus est cui succurratur, & ideo in solidum teneri debet, *l. illud 7. §. si cuius dolo supr. de tribut. act. l. si plures 38. in fin. infr. de admin. tut.* Ergo quamuis depositarij heres qui rem sine dolo malo vendidit, pretium nondum exegerit aut rem quæ pluris erat, minoris vendiderit, in solidum tamen teneri debet, nec proinde liberãdus est, etiamsi actionem, quam contra emptorem habet, præstare & credere velit.

Dec. Neque depositarius, neque depositarij heres tenetur depositi, nisi dolus eius interuenerit. Atqui ponimus nullum in proposita specie dolum heredis interuenisse, nisi in eo quod acceptum in venditione pretium nolit ei reddere qui rem deposuerat, tractamus enim de eo herede qui rem depositam ignorans depositam vendiderit bona fide. Ergo si pretium nondum exegerit, aut rem minoris vendiderit æquè bona fide nihil certè est quod ei possit imputari, aut cur teneri debeat depositi, nisi quia locupletior hoc ipso factus intelligitur ex venditione rei depositæ, quod de pretio

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si poneres rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, ne in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg. d.l. venditor 59. in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

EI, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l. Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l. 1. §. in depositi.* iuncto *§. hanc actionem 23. supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l. si filiofam. 25. §. 1. supr. sol. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt euenit in directa actione depositi, cæterísq; directis putà commodati, & pignoratitia. Atquin contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti 6. §. vlt. inf. de his qui notant. infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rē depositā vel cōmodatam, vel pignoratam aliquid impēdit. Nō enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eā præstari æquū est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litē nō potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litē iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l. si pignore 22. §. si post infr. de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonę fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d. l. non enim & d. l. si filiofam. §. 1. l. si vendidero 80. infr. de furt.* De quo diximus latiùs ad *d. l. in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem potest iurari. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib. de reg. 110.* Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l. si traditio 4. Cod. de action. empt. l. si cùm fundum 68. §. 1. in fin. infr. de contrah. empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam sit tradita, *l. quod vendidit 19. de contrah. empt. l. quoties 15. C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l. 2. §. in hac actione infr. vi bonor. rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I.C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs 24 §. sed si postulatur supr. de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est *§. 1. Inst. de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamē cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nā cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, si quidem nihil aliud est sequester, quàm depositū, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eādem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester 110. de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l. penult infr. hoc tit.* & sequestrare in *l. si cùm dotem 22. §. sin autem 8. solut. matrim.* & totus ille §. cum præcedēti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

l. si quis affirmauit. 9. §. Labeo. aliàs lex. si oleum. supr. de dol. leg. si in Asia 12. §. cùm sequestre infr. hoc tit.

a *Si tamen cum sequestre conuenit.* RAT. DVB. sequester depositarius est, vt modo diximus. Atqui depositarius nō tenetur nisi de dolo *l. 1. §. vlt. & passim supr.* Ergo quamuis cum sequestre conuenerit, vt certo loco rē depositā exhiberet, nec exhibeat, non ideo tamen statim consequens est, vt sequestraria depositi actione teneri debeat, nisi illud etiam addas, quod sit in dolo, cùm fieri possit, vt eo loco non exhibeat, & tamen dolo careat, vt in *d. l. 1. §. est autem 22. supr.*

DEC. Dolus malus est, si quis quod exhibere potest, non exhibeat *l. dolus 44. infr. tit. prox. mandat.* vnde fit vt in actione ad exhibendum iuretur in litem *l. 3. §. praeterea. supr. ad exhib.* Ergo sequestraria actione depositi eū teneri æquū est, nisi proponas iustam eum habere causam recusandi exhibitionē in eo loco in quo exhibere debeat. Hoc enim excipiendum est ex *d. §. est autem. & l. cùm res. 47. in fine principij de leg. 1. l. sed etsi 11. §. 1. & sequenti. supr. ad exhibend.*

b *Quod si de pluribus locis conuenit.* RAT. DVB. Non debet in arbitrio esse debitoris, sed potius actoris in quo loco exhiberi ei res debeat. Ne alioqui sit in potestate depositarij numquam exhibere si nullo loco exhibere velit. *Arg. l. inter stipulantem 83. §. 1. infr. de verb. ob.* DEC. In alternatiuis obligationibus electio est debitoris ex regula vtriusq; iuris, & pontificij & ciuilis *cap. in alternatiuis. de reg. iur. in 6. l. plerumque 10. §. vlt. infr. de iur. dot.* Ergo si conuenerit, vt res apud sequestrem deposita exhiberetur pluribus locis, alternatiue scilicet positis in conditione depositionis electio sequestri esse debet in quo loco exhibere malit: quamuis enim nō possit esse in potestate debitoris an debeat, potest tamen in arbitrio eius poni quid debeat & vbi debeat, *l. 2. si quid Ephesi & seq. supr. de eo cert. loc.* Quòd si depositarius nollet vnquam accedere ad hunc locum, in quo exhiberi res debet, aut ad aliquem ex pluribus locis ad exhibitionē destinatis, non ideo tamen necessaria erit actio arbitraria de eo quod certo loco, quia sufficit æquitas actionis depositi quæ bonæ fidei est *l. in bonæ fidei. 7. supr. de eo quod cert. loc.* Placet autē quod Accursius ad hunc §. obseruat, quoties duo alternatiuè promittuntur, vtrumq; esse in obligatione, *ex l. ait Prætor. 7. aliàs lex. etsi sine in princip. sup. de minor. l. si duo. 128. inf. de verb. ob.*

2 ¶ Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit: & ait Pomponius, adire eum prætorem oportere: & ex eius auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui præsens fuerit. sed hoc non semper verum puto, nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis, deponere: nisi iustissima causa interueniente, & cùm permittitur: raro ei res restituenda est qui venit: sed oportet eam, arbitratu iudicis, apud ædem aliquam deponi.

Ad §. Si velit sequester. 2.

RAT. DVB. Pro Pomponio nihil tā naturale est quàm vnū quodq. dissolui eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale. 3. 5. de reg. iur. l. prout. 80. infr. de solut.* Atqui sequestre saltem iudiciale, de quo Pomponius procul dubio intellexit, non fit nisi autoritate prætoris aut alterius magistratus interuenientie, tum quoq; cū sequestrē eligunt litigatores. Ergo si velit sequester officium deponere, non melius id facere potest quā si prætorē adeat, vt ex eius autoritate restituatur res ei qui præsens fuerit: denuntiatione tamen prius facta his qui eum elegerant. Ita enim nulla fit iniuria, neque sequestri, neque his qui eum elegerunt, neque autoritati prætoris.

DEC. Non est permittendū, vt officium quod quis semel suscepit, deponat contra legem depositionis & inuitis iis qui deposuerunt. Nam & hic contractus ex postfacto est necessitatis, sicut cæteri, quāuis ab initio sit voluntatis *vulg. l. sicut. Cod. de oblig. & act.* debuitq; potius sequester non suscipere depositum quàm susceptum deponere *l. si hominem 7. in princip.* veluti solemus dicere in commodato *l. in commodato. 17. §. sicut supr. commod. & in mandato, l. si mandauero. 22. §. vlt. infr. mand.* Quemadmodum autē possunt variæ causæ intercedere propter quas mādatum etiam susceptū possit renunciari, vt scriptum est in *in d. §. vlt. l. sed & te 55. §. penult. supr. de procurat. l. 3. §. 1. l. licet 17. supr. de recept. qui arbitr.* recepер. Nec rursus semper decernere prætor debet vt sequester ei rem restituat qui prior velit, cū facile fieri possit, vt qui diligentior est in reposcendo deposito, minus tamen iuris in eo habeat. Ergo vel audiendus non est sequester, si velit nulla iusta causa interueniente, officium deponere, vel si quā iustam alleget causam, tutius est, arbitrio prætoris aut alterius iudicis in sacra æde aliquam rem deponi, ne absenti fiat iniuria, si præsenti ob id solum quod præsens est, restitutio depositi fiat, vt in *l. 1. §. si pecunia in sacculo. 36. supr. hoc tit.* vbi tamen monuimus remedium hoc familiarius esse Triboniano nostro quam prudentibus, nec sanè minus suspicor §. hunc esse Triboniani potiùs quàm Vlpiani, adeo videntur mihi verba ferè omnia parum elegantia primùm illa in ipso initio §. *si velit sequester officium deponere quid ei faciendum est?* Nec enim solent prudentes ab eiusmodi quæstiunculis ordiri, deinde cùm ait, *sed hoc non semper verum puto: nam plerumq; &c.* Deinde insulsa illa allusio cōtra legē depositionis deponere rursum in illis sequentibus, *Nisi iustissima causa interueniente.* Solēt enim I.C. iustā causam exigere: sed Tribonianus semper iustissimā. Deinde cū addit, *Et cum permittitur, raro ei res restituenda est si velit.* Non addito, quibus casibus restituenda sit vel nō sit, quod Vlpianus non prætermisisset. Deniq; in postremis illis verbis, *Sed oportet eam rem arbitratu iudicis apud ædem aliquam deponi*, vbi more suo Tribonianus confundit nomina prætoris & iudicis, quæ tamen I.C. nostri diligentissimè distinguunt.

6. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

PRopriè autem in sequestre est depositum, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque traditur.

Ad l. Propriè. 6.

Definitio hæc est depositi sequestrarij, cui conuenit etiā definitio depositarij sequestris à Modestino tradita in *l. sequester 10. de verb. sig.* Quemadmodum autem

autem duplex est depositum sequestrarium, vnum iudiciale, alterum conuentionale, iudiciale, nimirum quod fit iudicis autoritate, conuentionale verò quod ex contendentium voluntate, & conuentione proficiscitur, de quo in *l. licet in princip. infr. hoc tit. & in l. interesse puto. 39. infr. de acquir. possess.* Vtriq; conuenit hæc definitio, vtrumq; enim est depositũ & se habet ad deposi:ũ, vt species ad genus, differentiam autem essentialem sumit ab eo quod sequitur in definitione *quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmq; traditur.* Alia enim species depositi quæ nomen sui generis retinet ac simpliciter dicitur deposiũ, vt cognatio quatenus opponitur agnationi, & adoptio quatenus opponitur adrogationi, non fit regulariter nisi ab vno, quamuis possit etiam ex facto incidere vt fiat à pluribus *l. 1. §. sed si duo. 44. supr.* At depositum sequestrarium nõ nisi à pluribus fieri potest *d. l. licet 17. in princip. infr.* Rursum in sequestro conuentionali possunt plures sic deponere, vt pro sua tantũ parte quisq; deponat *d. §. sed si duo.* At in deposito sequestrario depositũ fit à pluribus in solidum, quia vnusquisque cõtendit se in solidum possidere nec aliam ob causã ad sequestrationis remediũ decurri solet, nisi quia subest periculũ, ne alioqui litigatores ad rixam veniant & ad arma, vt fieri passim solet pro tuenda possessione, potius quã pro proprietate, quod prohibere magistratus sẽper quantum potest debet *l. si cuius 13. §. sed si inter duos. alias l. æquissimum. sup. de vsufr.* si non litigatores ipsi vltrò consentiant quod facere etiã per se possunt *d. l. interesse iuncta l. 1. §. inde quæritur. 10. inf. de oper. nou. nunc.* ac multò facilius quàm prætor ipse, aut alius iudex quilibet, quia regulariter prohibita est sequestratio tanquam odiosa, nec permittenda est iudici nisi ex magna & necessaria causa & seruato eo iuris ordine de quo in *l. vni. C. de prox. sequestr. pec.* Cùm tamẽ si sequestre fiat à litigatoribus, nulla sequestrationis alia causa quam eorum voluntas exquirenda sit. *Additur* in definitione, *quod traditur custodiendum reddendumq; certa conditione*, vt intelligamus esse hoc depositi simile alteri in eo quod fit traditione *§. præterea Inst. quib. mod. re contrah. ob. & l. 1. §. is quoque Inst. de ob. & act.* Sed dissimile tamen in eo quod certam habet conditionem sub qua reddi debeat, vt scilicet reddatur ei qui in lite vicerit. Cùm tamen simplex depositum quod sequestro opponitur nullam aliam habeat reddendi conditionem quàm deponentis voluntatem *d. l. 1. §. est autem. 22. supr. hoc tit.*

7. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

SI hominem apud se depositum, vt quæstio de eo haberetur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum, sequester soluerit misericordia ductus: dolo proximum esse, quod factum est, arbitror: quia cum sciret cui rei pararetur, intempestiuè misericordiam exercuit, cùm posset non suscipere talem causam, quam decipere.

Ad l. Si hominem. 7.

RAT. DVBIT. Sequester cùm sit depositarius, non tenetur nisi de dolo *l. 1. §. 1. & passim. supr. hoc tit.* Atqui nõ potest videri esse in dolo is qui hominem apud se depositum, vt quæstio de eo haberetur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum, id est, vt quidam nec male meo iudicio interpretantur, quæstioni iam addictum ex *l. item apud Labeonem. 15. §. quæstionem 41. inf. de iniur.* Misericordia ductus soluit, cum id humanitati magis adscribendum sit quàm dolo. *l. doli verbum. 5 supr. de seruo corrupt.* Ergo nõ debet sequester ob hoc factum depositi teneri.

DEC. Dolo proximum est si quis cùm sciret, cui rei pararetur hic seruus vinctus & ad malam mansionem extẽsus, intempestiuè misericordiam exercuit. Nam misericordiam quidem exercere optimum est & humanum, cùm fiat in memoriam humanæ conditionis, vt loquitur *lex quidam 27. infrà de condit. instit.* Sed ita demum si tempestiuè id fiat, non etiam si intempestiuè, & cum incommodo & damno alterius. Poterat enim ab initiò & debebat talem causam nõ suscipere potius quam deponentes decipere, quis enim tale depositum suscipere illum coegisset si noluisset? Cùm ergo in hac specie sequester vel in dolo sit vel in lata culpa quæ dolo proxima est *leg. quod nerua infr.* omnino consequens est vt depositi actione eo nomine teneatur, nam & si depositum nullũ præcessisset, actione tamen vel de dolo vel in factum teneretur. *l. vt eleganter. 7. §. item. Labeo ait. supr. de dol.*

8. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

1 ¶ Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidũ. quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quæ ad nos peruenit: tamen hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit. ideoq; in solidum vnus heres tenetur. plures verò pro ea parte, qua quisq; heres est.

Ad §. Datur actio. 8.

RAT. DVB. Ex dolo defuncti non solet teneri heres nisi pro quã parte ad eũ peruenit, quia dolus personalis est nec transit in heredem, nisi hactenus, ne ex defuncti dolo lucretur, *l. ne in heredẽ 26. & seq. supr. de dol.* Ergo etiamsi dolus ex cõtractu reiq; persecutione descendat, non est tamen danda in solidum actio contra heredem ob dolum defuncti, sed in quantum duntaxat ad eum peruenerit.

DEC. Actiones omnes ex contractu descendentes cum sint rei persecutoriæ, cõpetunt in solidum contra heredem licet in iis quoque delictum versetur, & ex iis dolus vindicetur, quia non ideo nascuntur ex dolo vel ex delicto, sed ex contractu *l. ex contractibus, 49. iuncta l. ex deposito 12. eod. l. ad ea 157. §. vlt. de reg. iur.* Atqui actio depositi licet non detur nisi propter dolum *l. 1. §. vlt. & passim supr.* datur tamen ex contractu vt nemo non videt, & ad rei persecutionem, cùm detur ad id quod interest, vt toties diximus. Ergo & perpetua esse debet non annalis etiam si sit prætoria, & in solidum danda est contra heredem, *ex reg. l. in honorariis 35. de obl. & act.* Plerique tamen casus sunt in quibus videtur hæc regula fallere, quos Accurs. hic cõgerit ex §. ali-

quãdo. *Inst. de perpet. & tẽpor. action. l. 3. 8. penult. sup. si mẽsor. fals. mod. dix. l. illud 7. §. fin l. fin. sup. de edend. l. si quis eũ §. qui iniuriarũ sup. si quis caution. l. quæsitã §. vlt. inf. de precar.* Sed tamen negat Bart. fallere in illis locis hanc §. nostri regulam, quod tractent de actionibus iis quæ non tam directo ex contractu quàm ex delicto nascantur, de quo tamen quoniam longior & difficilior tractatus est, videnda sunt quæ scripsimus *lib. 1. coniect. ca. 11. & lib. 4. c. 1. sed potissimũ decad. de error. pragmat. & ad l. in condictione 9. sup. de cõd. furt.* *Plures verò pro ea parte qua quisque heres est.* Malè hæc verba explicat Accursius quasi Vlpiani sensus sit, cum plures sunt depositarij heredes, vnumquemq; ex iis teneri in quantum duntaxat ad eum peruenit, cùm tamen sensus sit, non teneri quidem hoc casu vnumquemq; in solidũ, sed pro parte hereditaria, teneri tamen omnes simul pro partibus hereditariis, etiamsi nihil omnino ad eos peruenerit.

2 ¶ Quoties foro cedũt nũmularij, solet primo loco ratio haberi depositariorũ: hoc est, eorũ, qui depositas pecunias habuerũt, [a] nõ quas fœnore apud nũmularios, vel cũ nummulariis, vel per ipsos exercebãt, & ante priuilegia. igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur. dummodo eorũ, qui vel postea vsuras acceperunt, ratio non habeatur: quasi renuntiauerint deposito.

Ad §. Quoties 2.

RAT. DVB. In bonis nummularij vendendis potior quidẽ haberi solet ratio depositariorum, sed tamẽ post priuilegia, vt disertè scriptum est *l. si ventri 24. §. in bonis infr. de bon. autor. iud. poss. alias lex 9. de priuileg. credit.* id est post creditores, quorum præcipuus fauor dedit illis priuilegium prælationis inter personales creditores, quorũ scilicet priuilegia nõ ex tẽpore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia 32. eod. tit.* ad differentiam scilicet creditorum hypothecariorũ, quorũ priuilegia nõ ex causa æstimantur, sed ex tempore, vt qui prior est tempore, potior sit iure nisi in certis casibus exceptis, *l. interdũ 5. & passim inf. qui potior. in pig. hab. l. secundum I.C. eod.* Ergo non est verum quod in hoc §. idem Vlpianus scribit, Depositariorum rationem haberi debere ante priuilegia purà ante actionẽ funerariã dotis & tutelæ, de quibus in *l. quæsitum 17. & sequentib. de reb. autorit. iud. possid. & in l. penult supr. de relig. & sumpt. funer. l. ex plurib. 42. infr. de admin. tut.* Et sanè fatendum est difficilem esse horum locorũ cõciliationẽ, præsertim cùm ambo sint eiusdẽ I.C. Vlpiani, neque verò potuit Accursius hinc se euoluere distinguendũ existimãs an res depositæ extent nec ne, vt si extent, præferẽdus sit depositarius, si non extent, sit postponendus: habet enim hoc priuilegium depositarius in rebus depositis, quas, si extẽt, vindicare faciliùs & tutiùs potest, vt nullo indigeat priuilegio, sed etiã in omnib. cæteris depositarij facultatib. *l. prox. infr.* quare nec Accurs. in hac solutione conquiescit sed aliã affert distinctionem, vt depositarius præferatur quidem cæteris actionib. personalib. etiã priuilegiatiis, postponatur tamen realib. id est, hypothecariis, sed hoc æquè malè, cùm enim de priuilegiis tractant IC. de personalib. semper actionib. intelligunt nõ de realibus, quãuis inter priuilegiarios quoq; creditores vel hypothecarios, habeant quidã priuilegiũ prælationis, de quo in *d. l. interdum.* Neq; verò rursus verũ est actiones dotis & tutelæ habuisse iure vetere priuilegium vllũ tacitæ hypothecæ. Primus enim Cõstantinus Imperator tacitã hypothecã dedit pupillis & adultis in bona tutoris vel curatoris in *l. pro officio 20. C. de admin. tut.* Et primus Iustinian. *actioni de dote in l. vnic. C. de rei vxor. actio.* Quod verò ad funerariam pertinet, quam idem affert Accurs. certum est ne quidem hodie habere illam priuilegium tacitæ hypothecæ, tametsi placeat interpretib. præferẽdam eam cæteris omnib. actionib. etiam hypothecariis de quo diximus ad *d. l. penult. supr. de relig. & sumpt. fund.* Ego dum melius aliquid excogito, cogor dicere constituendam esse differentiam inter mensularium & nummularium qui foro cedit sine dolo malo, quod euenire facilè potest, & euenit quotidie lapsis repentino fortunæ impetu facultatib. vt in *l. 4. infr. vt in possess. legat.* An verò per fraudẽ & dolo malo, vt priore casu potior esse debeat causa cæterorũ creditorũ, qui habẽt priuilegiũ quã depositariorũ. Posteriore verò depositariorũ potior quàm cæterorum, nempe quia interueniente dolo mensularij, dignior est is qui deposuit, cui succurratur aduersus dolum tanquam qui non tam ipsius depositarij quàm publicam fidem secutus sit. Et ne alioqui deterreantur homines à deponendis pecuniis penes argentarios, quorum vsus in republica & ad publicas vtilitates pernecessarius esse creditur, vt scriptum est in *l. prox. sequenti.* vbi quod dicitur de dando Priuilegio creditori in omnibus fraudatoris facultatibus, ostendit tractare Vlpianum hoc loco de nummulario qui foro cesserit dolo malo & in fraudem creditorum. Quod igitur contra scripsit Vlpianus in *d. §. in bonis.* ad alium casum referendũ est quo nummularij dolus arguatur, quo casu licet is qui deposuit mereatur habere priuilegium, quia nõ eo minus verum & fidem publicam illum secutum fuisse: cæteros verò priuatam: minus tamen conqueri potest, se fidem publicã sequentẽ deceptum esse, cũ casu magis quàm dolo damnum hoc ei acciderit, adeò vt vix quoq; depositi actio ei danda sit, quæ scilicet præsupponit dolum aliquẽ vel præteritum vel præsentem vel futurum: qui porro nullus hic interuenit, sed tamen posset interuenire hoc ipso, quod depositum nõ restitueretur si depositarij cessio facultatem restituendi depositi is non ademisset. Satis igitur deponenti esse debet, quod post cætera priuilegia ipsius ratio habeatur. Quod si cui hæc distinctio min⁹ satisfaciat, non video quid dicendum supersit, nisi vt reiecta priore Vlpiani sẽtentia quæ extat in hoc §. posteriorem sequamur quæ ex posterioribus Vlpiani libris ad edictum hausta est in *d. §. in bonis.* Potuit enim facilè accidere Vlpiano vt variauerit & sentẽtiam in melius mutauerit. Quomodo accidit & Papiniano in *l. si venditor. 6. §. 1. & in l. seruus 7. infr. de seru. export. l. vlt. §. sed cum C. de furt.* & Scæuolæ apud Vlpianum in *l. qui bona. 23. §. si quis duobus. de acq. rer. dom. Iuncta l. sed & si quid stipuletur. 25. §. si duos. sup. de vsufr.* Et Volusio Mecianus in *l. diui fratres 17. infr. de iur. patron.*

a *Non quas fœnore apud nummularios.* RAT. DVB. Initium cuiusq; contractus inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem. 8. infr. tit. prox.* Atqui ponimus ab initio depositas fuisse pecunias. Ergo quamuis postea conuenerit, vt fœnori

vt fœnori essent penes depositarium, dicendum videtur, depositum nihilominus durare, & consequenter depositi actionem tenere.

Dec. Aliud est deponere, aliud credere. *d.§. in bonis.* Deponit enim is qui tradit aliquid custodiēdum ea lege vt illud ipsum reddatur *l.2. in princip. supr. de reb. cred.* Credit verò & mutuum dat qui tradit aliquid recepturus non idem, sed tantumdem, vt ibidem scriptum est & in *l. Lucius. 24. infr. hoc tit.* Vbi additur, quoties in deposito conuenit, vt tantundem restituatur egredi eā rem notissimos depositi terminos. Atqui is qui pecunias quas apud nūmulariū depositas habet, fœnore exercet vel per se, vel per nummularios, hoc ipso facit potestatem nūmulariis, iisdemq; depositariis vt iisdē pecuniis vtantur. Ac proinde vt non eadem ipsa corpora nūmorum, sed tantumdem restituere teneantur: Ideoq; priuilegium nullum habere is qui deposuit potest, quia non credito, sed deposito priuilegium datum est, nec quemadmodum is qui pecunias deponit apud nummularium fidem publicam sequitur, ita & is qui nummulario dat pecunias fœnori; nihil nisi priuatam suam intuitus vtilitatem. Idque est quod Vlpian. subiicit in hoc §. eos qui pecunias ita depositas crediderunt, deposito renunciasse videri, vt proinde non possit hoc casu inspici initiū contractus cui renunciatum est, sic in *l. de lege 6. §. 1. infr. de leg. commiss.*

3 ¶ Item quæritur, vtrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt: an verò simul omnium depositariorum ratio habeatur: & constat, simul admittendos. hoc enim, rescripto principali significatur.

Ad §. Item quæritur. vlt.

Rat. dvb. Cùm cætera sunt paria, potior debet esse causa eorum qui sunt anteriores tempore. *l. 4. C. qui potior. in pig. hab. l. si is qui cùm 28. inf. de iur. fisc.* Ergo si plures sint depositarij diuersorum temporū qui proinde habeant parem causā debiti, potiores esse debent illi qui tempore anteriores sunt.

Dec. Priuilegia creditorum personalium non ex tempore æstimantur, sed ex causa, vt diximus ad §. præcedentem *ex leg. priuilegia 32. infr. de reb. autorit. iud. possid. Alias lex 17. de priuileg. credit.* Atqui plures depositarij concurrunt in vna eademq; causa debiti. Ergo necesse est vt concurrant in priuilegio simulq; admittantur scilicet per æs & libram, vt loqui solemus, quod pragmatici Galli dicunt, *à sols & à liure*: Ideoq; rescripto principali declaratum fuisse testatur hic Vlpianus. Obseruandum tamen est quod Accursius hic notat occupantis depositarij meliorem fore conditionem, id est, vt qui prior venerit ad reposcendum depositum si ei satisfactū fuerit, sit securus, vt euenire solet inter eos quibus vna eadéq; causa debetur *l. inter eos. 19. infr. de re iudic.* licet enim cuilibet vigilare ad suum consequēdum. *l. pupillus. 24. l. quod autem 6. §. sciendum. eod. tit.*

8. Papinianvs libro 9. Quæstionum.

Qvod priuilegium exercetur, non in ea tantùm quantitate quæ in bonis argentarij, ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus, ídque propter necessarium vsum argentariorum ex vtilitate publica receptum est, [a] planè sumptus causa, qui necessariò factus est, semper præcedit. nam deducto eo, bonorum calculus subduci solet.

Ad l. Quod priuilegium. 8.

Rat. dvb. Depositi actio personalis est non in rem, nec habet priuilegium vllum tacitæ hypothecæ in bonis depositarij, neq; enim hic casus enumeratur inter eos de quibus in *tit. in quib. caus. pignus vel hyp. tac. contrah. §. insuper. nouell. De argentar. contractib.* Ergo satis esse debet ei qui deposuit, si Priuilegium habeat inter cæteros creditores in eā ipsa pecunia quæ fuit deposita aut quæ ex deposito in bonis depositarij reperta est, vt puta si quid ex eā pecunia emptum reperiatur. *arg. l. sed quod inde. 71. & seq. infr. de leg. 2.*

Dec. In omni iuris parte spectari maximè solet quod publicè vtile est *l. ita vulneratus 51. §. vlt. suprà ad leg. Aquil.* Cùm legislator ciuilis omnia referat ad publicam vtilitatem ex prima illa lege 12. tabularum, Salvs popvli svprema lex esto. Atqui ad publicam vtilitatē maximè pertinet vsus argentariorum per quos cōmercia pleraq; & commodiùs & tutiùs expediuntur, & quorū fidē qui sequitur, nō tā priuatam ipsorum quā publicā fidem sequi videtur *l. si ventri. 24. §. in bonis. infr. de reb. autorit. iud. poss. alias. l. 9. de priuileg. credit.* Ergo sūma ratione receptū est, vt Priuilegium depositi inter personales actiones exerceri possit non tantū in ea quantitate quę in bonis argentarij ex pecunia deposita reperta est, sed etiam in omnibus argentarij eiusdemq; depositarij facultatibus. Ex quo intelligimus extra hunc casum, id est, si penes alium quā argentarium aut nummulariū pecunia deposita sit, nullum depositi priuilegiū esse, tanquā cessante fauore qui Priuilegio causā dedit, planè cùm ipsa pecunia deposita extat, dubitari non oportet, quin potior esse causa debeat eius qui deposuit, etiā ante priuilegia omnia quorū alioqui ratio potior esse deberet, *d. §. in bonis in fin.* sed hoc ita si vindicatione agatur non actione depositi vt ibidem scriptum est, nullo enim priuilegio indiget, qui rē suā vindicat, sed tamē pro hoc cōmodo habet illud incommodum, quod dominium probare cogitur *l. in rem 23. & l. seq. & passim sup. de rei vindic.* Dominij autem probatio plerunq; perdifficilis est, *§. cōmodum Inst. de interdict.* præsertim verò pecunię numeratæ, ob affinitatem quam habent tantam inuicem vt corpora nummorum, vt facilè discerni non possint, *l. si alieni 78. infr. de solut.*

a *Planè sumptus.* Rat. dvb. Priuilegium datum non est nisi deposito, & quidem quod factum sit in manibus argentarij propter publicam vtilitatem vt modo diximus. Atqui sumptus qui ex huiusmodi causa facti sunt extra causam depositi sunt. Ergo nō idem priuilegium habere debent. Dec. Sumptuum necessariorū ratio sēper habēda est siue ad rē cōseruandā facti sint à depositario, siue ab eo qui deposuit, ad impetrandā missionē in possessionē bonorū depositarij, & vrgendā eorū venditionē, cùm ea res prosit cęteris omnib. qui deposuerunt, quib. eā possessionem vicissim cōmunicare cogitur, siquidē cū vnus mittitur in possessionē bonorū possessoris, omniū nomine mitti intelligitur *l. cū vnus 12. inf de reb. autorit. iud. possid.* Ergo & impensas ab omnibus præstari æquissimum est, *l. vltim. versic. & expensas.*

C. *eod.* Ideoq; in computandis bonis argentarij, vt ex iis satisfiat creditoribus, bonorum calculus ponitur deductis iis sumptib. qui necessarij fuerunt. Nam nec impensæ necessariæ aliç sunt quàm quæ si factæ non essent, res aut peritura aut deterior futura esset, *l. impensæ 79. de verb. sig. l. impensæ 14. de impens. in reb. dotal. fact.* sic dicimus non esse computandos fructus nisi deductis sumptibus qui ad eos percipiendos & colligendos necessario facti sunt *l. vlt. eod. tit. l. si à domino 36. §. vlt. supr. de hered. petit.*

9. Pavlvs libro 17. ad Edictum.

IN depositi actione, si ex facto defūcti agam aduersus vnū ex plurib. heredibus, pro parte hereditaria agere debeo. si verò ex suo delicto, pro parte nōn ago, meritò: quia æstimatio refertur ad dolum, quē in solidū ipse heres admisit.

Ad l. in deposit. 9.

Rat. dvb. Actiones hereditariæ quæ in defunctum competierunt, transeunt contra heredes ex lege 12. tabul. pro hereditariis portionibus; quia pro qua parte quisq; heres est, pro ea parte defuncti personā repræsentat, *l. pro hereditariis 2. & tot. tit. C. de hered. action.* Atqui plures heredes depositarij tenentur actione depositi ex contractu defuncti rū quoq; cùm ipsi dolum in deposito admiserunt, nō enim tenerentur, si defunctus depositum non suscepisset. Ergo siue ex defūcti dolo siue ex proprio conueniantur, non nisi pro hereditariis portionib. singuli conueniendi sunt. Dec. Actio depositi non datur nisi propter dolum & ad vindicandum ac æstimandum dolum, *l. 1. §. vlt. & passim sup.* Atqui dolus cuiusque heredis indiuiduus est, & separatus à dolo coheredis. Ergo queadmodum si ex defuncti dolo conueniantur singuli pro hereditariis portionib. conueniendi sunt: Ita, si ex proprio conueniendi sunt in solidum, cùm referenda sit æstimatio ad dolum, quem in solidum vnus ex heredib. admisit. Nec enim condemnatur hoc casu coheres, quia heres sit, sed quia dolū ipse admiserit quāuis neq. dolū admittere potuisset, neq; condemnari hodie posset si heres depositarij nō fuisset. Non tam igitur inspiciendum est quis aut qualis sit is qui condemnatur, quàm ex qua causa condemnetur, id est, an ex dolo defuncti, an ex suo, *l. de eo 18. infr. hoc tit.*

10. Ivlianvs libro 2. ex Minucio.

NEc aduersus coheredes eius, qui dolo carent, depositi actio competit.

Ad l. Nec aduersus. 10.

Rat. dvb. Actiones ex contractu dependentes transeunt in omnes coheredes, quia omnes simul sumpti vnius tantum defuncti personam sustinent, *l. ex contractib. 39. infr. de oblig. & act.* Ergo etiamsi ex plurib. heredibus, vnus tantum deliquerit aduersus omnes tamē, id est, etiam eos qui nihil dolo fecerunt, etiam depositi actio competet, vt euenit si stipulatio in facto cōsistat, & ita cōcepta sit per te, non fieri neq; per heredem tuum, quominùs mihi ire agere liceret. Et vnus ex heredibus promissoris contra fecerit. Omnes enim coheredes eius tenentur, etiam qui non prohibuerunt, satisq; iis esse debet quod familiæ erciscūdæ iudicio repetituri sint, quod præstiterint, à coherede cuius facto stipulatio commissa est, *l. 2. §. item si in facto & l. 4. §. Cato. infr. de verb. obl.* Dec. Actio depositi non datur nisi propter dolum, vt proximè diximus. Ergo si defunctus nihil dolo fecerit non alius ex heredibus depositarij teneri potest depositi quàm qui dolum ipse admisit. Est enim dolus quid personalissimum. Et sicut persona vnius coheredis diuersa est à persona alterius, ita & dolus vnius ex coheredibus, nō potest videri dolus alterius *l. 2. §. 1. & passim infr. de dol. mal. except.* Aliud igitur est in specie *d. §. item si in facto*, non quia ibi agatur de contractu stricti iuris, hic verò de actione bonæ fidei, vt malè putat Bartolus, sed quia ibi facto vnius ex heredibus committentis stipulationem, perinde damnum sentit stipulator, ac si omnes coheredes fecissent, & factū vnius censetur factum omnium quoties factum indiuiduum est: hic autem agitur de dolo, qui licet indiuiduus quoque sit & in facto consistat, tamen purè factum, malitiam & versutiam exigit facientis, qui malicia si vnius tantum sit: non similiter omnium esse intelligitur, quamuis plerique sint casus in quibus dolus vnius nocet alteri, vt in *d. l. 2. §. 1. l. 4. §. quæsitum 18. & passim de dol. mal. except.* Nusquam tamen scriptum est dolum vnius esse dolum alterius.

11. Vlpianvs libro 41. ad Sabinum.

QVod seruus deposuit, is, apud quem depositum est, seruo rectissime reddet ex bona fide. nec enim conuenit bonæ fidei, abnegare id, quod quis accepit. sed debebit reddere ei à quo accepit: sic tamē, si sine dolo omnia reddat. hoc est, vt nec culpæ quidem suspicio sit. [a] denique Sabinus hoc explicuit addendo, *Nec vlla causa interuenit, quare putari possit, dominum reddi nolle.* hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus. ceterùm sufficit bonam fidem adesse, [b] sed & si ante eius rei furtum fecerat seruus: si tamen ignorauit is, apud quem deposuit, vel credidit: dominum non inuitum fore huius solutionis: liberari poterit bona enim fides exigitur. [c] Non tantùm autem si remanenti in seruitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso, vel alienato: ex iustis causis liberatio contingat, scilicet si quis ignorans manumissum, vel alienatum, soluit, idémque & in omnibus debitoribus seruandum Pomponius scribit.

Ad l. Quod seruus. 11.

Rat. dvb. Ei reddendum est depositum cui acquisita est obligatio & actio ad ipsum repetēdum. Nec enim aliter potest cōtingere, ne quidē per solutionē liberatio, quā si solutio fiat vero creditori, aut veri creditoris vero procuratori, *l. vero procuratori 12.*

ri 12. *infr. de solut. l. creditoris. 8. de cond. indeb.* Atqui tum quoq; cùm depositum à seruo factum est licet bona fide, obligatio tamen & actio depositi non acquiritur seruo, sed domino, ita vt ne monumento quidem tẽporis acquisitio in persona serui cõsistat *l. placet 79. inf. de acquir. hered.* Seruus namq; incapax est acquirẽdę sibi obligationis ciuilis. Multò magis actionis, *l. nec seruus 41. sup. de pecul. l. serui 14. infr. de oblig. & act.* Ergo quãuis seruus deposuerit, nõ aliter tamen liberari depositarius potest, quàm si depositum ipsi domino nõ seruo restituat. Dec. Sicuti cõtractus depositi est facti, cęteriq; cõtractus omnes *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. fur.* ita & restitutio depositi: facit enim aliquid qui restituit depositum. Atqui eorum omnium quæ in facto cõsistunt, capaces sunt serui, non minùs quàm domini *d. l. nec seruus.* Ideóq; nõ possunt ea quæ facti fiunt transire à seruo ad dominũ, *l. qui heredi 44. infr. de cond. & dem.* ergo quod seruus deposuit, ipsi quoq; seruo restitui potest, vt per eam restitutionẽ perinde cõtingat liberatio, atq; si depositũ ipsi domino restitutũ esset. Nã nec dubitatur, quin ipsi domino restitui multò tutiùs possit, si depositarius velit, quandoquidẽ restitutione depositi facta domino contingit omnimodo liberatio, nec sunt necessariæ distinctiones, quib. locus est, cùm restitutio fit seruo, & de quib. in hac lege tractatur, an nimirum volente aut saltẽ nõ prohibente domino, restitutio depositi seruo facta sit. Nec enim verẽdũ est, vt facta quoquomodo restitutione domino, seruus cõqueratur & agat depositi, qui actionẽ vllã nec habere, nec mouere potest. Et verò bona fides facit, vt ei ipsi qui depositũ dedit, depositum quoq; reddi oporteat, *l. bona fides 31. vers. incurrit inf. hoc tit.* Esset enim cõtra bonã fidẽ denegare restitutionem ei à quo quis depositum accepisset, dum ne in deposito reddendo quicquam fiat dolo malo, quod tunc accidit, cũ ne quidẽ culpæ suspicio vlla est, vt Vlpianus scribit in hac lege.

a *Deniq; Sabinus.* Exẽplũ adfert Vlpianus, & casum in quo seruus qui depositũ dederat, illud ipsum acceperit dolo malo depositarij, nempe si qua iusta causa interuenerit, propter quã credi possit dominũ nolle depositũ reddi seruo, nã si id vel suspicari iusta aliqua ratione depositarius potuerit, nõ videtur restituere depositũ bona fide, nempe quia nec alia ratio est liberandi depositarij quã quòd is, qui negotiũ cũ seruo cõtrahit, videatur volũtate domini & ab eo accipere & ei soluere, vt scriptũ est in *l. quod seruus 35. inf. de solut.* quæ ratio cessat nõ solùm si inuito domino restituatur depositũ, sed etiam si probabilẽ aliquã causam habeat depositarius suspicãdi, nõ eã esse domini voluntatẽ, vt seruo depositum reddatur, vt & in specie *legis si cũ Cornelius 82.* Iũcta *l. si quis seruo 18. eod. tit. l. qui re 76. inf. de furt.* hoc enim casu non potest videri depositum restitutum ex bona fide, & tamen semper adesse debet, & quæ si adsit, sufficit, vt nihil dolo malo factũ videatur *l. quod te 5. sup. de reb. credit. §. si quis agẽs 33. vers. sanè si tam magna causa. Inst. de action.* Proinde malè Accurl. Sabini sententiam ab Vlpiano corrigi existimat, quã è contrario Vlpianus magis ac magis confirmat.

b *Sed etsi ante.* Rat. Dub. nõ potest seruus facere furtũ rei dominicæ, nisi eã cõtractet inuito domino ex furti definitione quæ traditur in *l. 1. §. vlt. infr. de furt.* ergo postquã furtũ fecit, nõ potest eã rẽ aut deponere, aut depositã recipere nisi inuito domino. Dec. Potest fieri, vt & seruus rei dominicæ furtũ fecerit, & depositarius, penes quẽ seruus deposuit, ignoret tamẽ furtiuã rẽ esse, quo casu cùm existimet se ex domini volũtate depositũ à seruo accipere, vtique potest eidẽ depositũ reddere bona fide, bonã enim fidẽ facit non veritas, sed error, qui modo sit iust⁹ & probabilis *l. 3. in princ. sup. de S. C. Maced.* & ad inducendum bonã fidẽ plus valet quod est in opinione & existimatione quã quod in veritate. Sufficit ergo ad liberãdũ depositariũ, vt putet dominũ cuius seruo depositum restituit, non inuitum fore.

c *Nõ tantũ autẽ.* Rat. Dub. Seruus qui à domino vel alienatus est vel manumissus, nihil amplius ei acquirere potest, sed vel sibi ipsi si manumissus fuerit, vel nouo domino si alienatus. Solius enim domini, qui nunc est, persona inspicitur, cùm de facienda per seruum acquisitione tractatur, *tot. tit. per quas pers. nob. acq. inst.* Ergo si seruũ meum qui apud te rem meã deposuerat, alienauero vel manumisero, fieri nequit vt tu rẽ depositam ei restituas, quin mihi fiat iniuria, nec potest videri restituta mihi res quæ ei restituta fuit, per quẽ nihil mihi acquiri potest. Dec. Nihil à depositario exigimus, nisi vt depositũ restituat bona fide, vt proximè diximus. Restituit autẽ bona fide is etiã qui seruo alienato vel manumisso restituit à quo acceperat, dũmodo alienatum eũ vel manumissum ignoret, quandiu enim ignorat, iustã habet causam existimãdi se depositũ seruo reddere ex mea volũtate, cùm me adhuc dominũ esse arbitretur, *d. l. si quis seruo 18. & l. quod seruus 35. de solut.* Idémq; in cæteris omnib. debitoribus seruandũ esse Vlpianus hic subiicit ex Pomponio, vt scilicet ad liberandum debitorem quemlibet sufficiat factam esse solutionem ei quem debitor verum creditorem esse suspicabatur, dummodo non nimia credulitate, sed iusta ratione motus ita fecerit, *l. qui hominem 24. § si Titium & seq. & § si debitorem D. de solut.*

12. Pomponivs libro 22. ad Sabinum.

Si in Asia depositum fuerit, vt Romæ reddatur: videtur id actum: vt non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit.

Ad l. Si in Asia 12.

Rat. dub. Debitũ certo loco sicuti nõ alio loco solui potest nisi volẽte creditore in *l. penult. sup. de eo quod certo.* Ita neq; alterius impẽsa, ad cũ locũ perferri debet, quã ipsius debitoris, vt videre est in cõmodato, *l. si vt certo. 5. § idem Labeo rectè dicit sup. commod.* Ergo si in Asia depositũ quid fuerit, ea tamẽ lege vt depositũ Romę reddatur, restituendũ est depositũ Romę sumptib. depositarij, vt se liberet ab obligatione, alioqui nũquã liberabitur si dominus alibi quã Romę recipere depositũ nolit. Dec. In actione depositi cùm sit bonæ fidei, æstimãda sunt omnia ex bona fide *§. in bona fidei Inst. de act.* Atqui non esset ex bona fide, vt depositarius impensa sua depositum perferre & reddere cogeretur, cùm depositum non depositarij gratia fiat, vt cõmodatum fauore solius commodatarij, *d. l. si vt certo, § nunc videndum sup. commod.* Sed tantum fauore deponentis quem proinde æquum est impẽsam omnem agnoscere quæ ad restituendũ depositum necessaria est: ne alioqui suum ei officium quod amico in suscipiendo deposito præstiterit, *l. si seruus 61. § quod verò infr. de furt.* Simile aliquid est in *l. sed & si 11. §. 1. supr. ad exhib. l. idemq; § idem Labeo infr. tit. prox.*

1 ¶ Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, a-

pud quem depositum est. vbi verò depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter & in omnibus bonæ fidei iudiciis.[a] Sed dicendũ est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, vt audiendus sit: quoniam & in ad exhibendum actione id seruatur.

Ad §. Depositum. 1.

RAT. DUB. Eadem causa esse solet & debet distractus quæ est contractus ex *vulg. regula l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. si quis absentis. 5. §. is quoq; infr. de ob. & act. l. 2. C. vbi causa in integr. agit. sit.* Atqui obligatio depositi in eo loco contrahitur vbi fit depositum *l. omnem. 20. cum leg præcedenti §. 1. supr. de iudic.* Ergo vt ea obligatio dissoluatur, necesse est depositum reddi in eoipso loco in quo contractum est.

DEC. Depositi restitutio fieri non potest, nisi res deposita sit præsens, ergo nec alibi restitui potest quàm vbi est, dummodo ibi sit sine dolo malò depositarij, nec proinde quicquam refert vbi depositum contractum sit, sed tantum vbi res sit eo tempore quo depositi restitutio postulatur. Idemq; regulariter obseruatur non tantum in cæteris bonæ fidei iudiciis, vt hic scriptum est, sed etiam in actionibus ad exhibendum & in rem quæ sunt arbitrariæ *l. quod legatur. 38. sup. de iudic. l. si res mobilis. 10. cum duab. seqq. supr. de rei vind. l. cùm res 47. in princip. de leg.* 1. Hoc autem est intelligendum de eo casu quo non conuenit de re deposita certo loco restituenda, alioqui seruandum erit quod scriptum est initio huius legis, iuncta *l. 3. in fin. de act. empt.*

a *Sed dicendum est.* Hic versiculus mihi valde suspectus est, & parum abest quin putem esse Triboniani. Nec enim videtur habere rationem vllã, vt depositarius, qui Ephesi depositum accepit, cogatur rem depositam perferre Romam, etiamsi maximè is qui deposuit, perferri etiam suo periculo, & suis sumptibus velit, nec enim is qui depositum accipit, ad aliud se obligat, quam vt rē depositam custodiat & reddat, non etiam vt alio perferat, nisi ponas dolo eius factum esse vt res deposita in aliũ locum translata sit ea mente, & calliditate, vt difficilior fieret eius restitutio, vt in actione ad exhibẽdum scriptum est in *l. sed & si. 11. §. 1. supr. ad exhib. & in l. cùm res 47. in princip. de leg.* 1. Nec quod Roma communis patria sit, vt Accursius ait ex *l. Roma 33. infr. ad municip.* ad rem facit, cùm non idcirco id quod Ephesi est, videri possit esse Romæ. Necrursus bona est ratio, quam Tribonianus de ingenio suo hic subiicit, *quoniam & in ad exhibendum actione id seruatur*, cùm longe maior sit fauor depositarij, qui non nisi deponentis gratia se obligat, quam eius qui actione ad exhibendum tenetur, quod rem possideat, de cuius exhibitione agitur: semper enim obseruandum est, vt quam minimò fieri potest incõmodo depositarius afficiatur, qui nihil aliud egit quã vt officium amico præstaret *d. l. si seruus 41. §. quod vero de furt.* Taceo, quod nec credibile est, ita scripturum fuisse Pomponium, sed elegãtius vt cæteri prudentes solent, *quoniam & in actione ad exhibẽdum id seruatur.* Triboniano autem familiarem esse Græcismum illum, quomodo in *l. vn. C. de rei vx. act. §. primum itaque* & alibi passim scribit, *In ex stipulatu actione*, pro eo quod poterat & debuerat elegantius dicere, *In actione ex stipulatu.*

2 ¶ Cum sequestro rectè agetur depositi sequestraria actione, quum & in heredem eius reddi oporteat.

Ad §. Cùm sequestro. 2.

RAT. DUB. Actio sequestraria est actio depositi, sicut sequestre ipsum depositũ *l. ei apud quē 5. §. 1. & vlt. & l. seq. supr.* Ergo nihil fuit necesse sequestrariam actionem specialiter proponere, cùm sufficeret actio depositi, non enim sunt multiplicandæ actiones sine necessitate *l. 1. supr. de public. in rem act. l. 2. §. vlt. infr. de vi bon. rapt.*

DEC. Actio depositi habet se ad actionem sequestrariam vt genus ad speciem: nam omne quidem sequestrum depositum est, sed non omne depositum est sequestrum, sed illud demum quod à pluribus in solidum certa conditione tertio cuidam custodiendum traditur reddendumq; *d. l. propriè 6. supr.* fuit ergo necessaria specialior actio ad sequestrum repetendũ, quæ ideo sequestraria dicitur, & habet easdē præstationes quas actio depositi, quia & perinde bonæ fidei est, de qua in *l. propter 5. & seq. C. hoc tit. & in d. l. ei apud quem 5. 1. supr. & l. penult. infr. eod.* Ideoque datur etiam in heredem sequestri, non minus quam generalis actio depositi *l. in depositi 9. sup.* quia æquè nascitur ex cõtractu *d. l. propriè.* Quamuis verum sit heredem sequestri non fuisse electum à contrahentibus vel à iudice, quæ ratio erat dubitandi ad postremam partem huius §. Sed neq; heres depositarij eligitur, cùm sit incertus, & nihilominus ex defuncti contractu, & ob ipsius dolum tenetur, & quidem in solidum si solus heres sit *d. l. in depositi, & l. si hominem 7. §. 1. supr.*

3 ¶ Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei perit: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit, est, si iudicij accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit.

Ad §. Quemadmodum. vlt.

RAT. DUB. Casus fortuiti pertinent ad dominũ, *vulg. l. quæ fortuitis. 6. & l. pignus. 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fi. de reg. iur.* Atqui is qui deposuit non eo minus manet dominus, quòd cum eo depositarius litem sit contestatus, dominia enim rerũ non nisi certis, & legitimis modis admittuntur, inter quos non est litis contestatio. Ergo nec depositum periculo depositarij esse debet, quamuis iudicij accipiendi, id est litis contestatæ tempore, potuerit depositum reddere, nec reddiderit.

DEC. Litis contestatio semper inducit malam fidem & dolum: indéque est, quod dicere solemus, omnes possessores post litem contestatam fieri pares, id est prædones, *l. sed etsi. 25. §. si ante supr. de petit. hered.* quia quale quid est cum petitur tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* Petitur autem tum demum cum fit litis contestatio *l. amplius non peti. 15. infr. rat. rem hab. l. vinum 22. supr. de reb. cred.* Et inspiciendum semper est vltimum instans

quo

quo solui res potest *l. si Calendis. 11. infr. de re iudic.* Vltimum autem instans quo solui potest res & debetur ex contractu, est instans litis contestatę, quia per contestationem fit nouatio. *l. aliam 29. infr. de nouat.* Et per eiusmodi nouationē permittitur tota obligatio quæ ex contractu nascebatur. *l. vlt. C. de vsur. rei iud. l. si fundus. 16. §. si pluris. infr. de pignor.* Et sane si mora sola effectum hunc habet, vt totum rei periculum transferat in moratorem: etiam in actionibus stricti iuris cuiusmodi sunt actiones ex stipulatu, vel ex testamento. *leg. si ex legati. 23. & sequentib. l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vlt. infr de verb. ob.* Iuncta *l. alias. 6. supr. de in lit. iur. l. si heres. 5. sup. de eo quod cert. loc.* quantò magis obtinere id debet in actionibus bonæ fidei, cui nihil tam contrarium est quam dolus & mala fides *§. 3. §. vlt. infr. pro soc. l. si dolo. 5. C. de rescind. vend.* Ideo autem sola mora effectum hunc habet transferendi periculi in moratorem, qui alioquin solo rei interitu liberaretur: quod si mora facta non esset habuisse creditor rem sibi debitam, eamque alij vendere potuisset, atque ita se ab interitus & peremptionis periculo liberat, *l. item si verberatum, 15. §. vlt.* vbi diximus. *supr. de re vind. l. cùm res 47. §. vlt. de leg. 1.* Iunge *l. si autem. 14. §. sed & si quis sup. de const. pecun. l. 1. §. rectissimè. 34. & l. penult. infr. de vi & vi armat. l. si homo. 45. supr. de rei vind.* Nec tantum depositarius post moram etiam extraiudicialem, ac multò magis de casu fortuito, sed etiam is qui impedit ne depositum reddatur. *Nouell. de deposit. & de denunciat. inquilin. 61.* Sunt tamen qui cum Martino hunc §. intelligant de eo casu quo res deposita, quæ penes depositarium periit, nō fuerit æquè penes deponentem peritura ex *l. si plures 14. §. 1. inf.* vbi dicemus.

11. PAVLVS libro 31. ad Edictum.

SI quis inficiatus sit non aduersus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret, aut eius, qui deposuisset, heredem: nihil dolo malo fecit. [a] postea autem si cognouerit, cum eo agi poterit: quoniam tunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

Ad l. Si quis inficiatus. 13.

RAT. DVB. Inficiatio falsa, quamuis furtum non sit, tamen prope furtum est, vt Celsus scribit in *l. inficiando. 67. in princ. infr. de furt.* Quia cum sit mendacium, dolo non caret. Ideò quę comparatæ sunt quędam actiones quæ dicuntur inficiando crescere, & dantur in duplum *l. contra negantem 4. C. ad leg. Aquil l. doli. 5. §. hæc actio supr. de seru. corrupt.* Iuncta *l. Inde Neratius. 23. §. hæc actio. ad leg. Aquil.* Atqui datur actio depositi contra depositarium qui in dolo est, *l. 1. §. vlt. & passim supr.* Ergo danda est etiam contra inficiantem.

DEC. Ea demum inficiatio prope furtum est, quæ fit contra dominum ipsum deponentem, at non etiam illa quæ fit contra eum, qui depositi agit procuratorio nomine, si negetur esse procurator, aut cōtra heredem quem depositarius inficietur heredem esse, non enim hoc casu fit inficiatio depositi, sed qualitatis quā sibi adrogat is qui agit. Ergo ex huiusmodi inficiatione cōdēnari nō potest depositarius, cum nondum sit in dolo, sed in probabili & iusta ignorantia facti scilicet alieni *l. vltim. infr. pro suo.* Semper enim is qui agit tanquam talis, id est tanquam procurator aut heres alterius talem se ante omnia probare debet, cum & heredem & procuratorem esse facti sit, facta autem non præsumantur nisi probentur. *vulg. l. in bello. §. facta autem res infr. de captiu. & postl.*

a *Postea autem si cognouerit.* RAT. DVB. nihil potest imputari ei, qui ab alio tanquam procuratore vel herede se conuentus iudicium accepit, ante mandati exhibitionem, aut aditæ hereditatis probationem quæ sæpe difficilis est. *l. quia plerumque 3. sup. de interrog. in iur. fac.* Nec quod actor reuera procurator vel heres sit ad rem facit, cum paria sint nō esse & nō apparere *vulg. §. si aduersus. Inst. de nupt. l. duo sint Titij. 30. inf. de testam. tut.* Ergo non eo magis depositarius teneri potest actione depositi quod postea cognouerit actorem vel procuratorem esse vel heredem eius qui deponit, præsertim cùm nihil imputari possit heredi, cur ab initio non venerit instructus & allatis secum probationibus, siquidem in potestate actoris est quando agat, non etiam in potestate rei quando conueniatur, *l. purè. 5. §. vlt. inf. de dol. mal. except. l. petenda 6. C. de temporib. in iu. restit.*

DEC. Ignorantia quidem facti alieni semper tolerabilis est, *d. l. vlt. pro suo.* Sed tandiu duntaxat quādiu durat, vbi verò scientia superuenit, non potest dolo carere inficiatio si semper duret. Neque verò nouum est, eum qui ab initio dolo caruit, incipere postea esse in dolo & noua causa quæ postea superuenerit, *d. l. 1. §. est autem 22. & 23 supr. l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. illud 7. §. si cuius vers. si tamen supr. de trib. act.* Ergo statim atque depositarius cognouit eum qui depositum reposcit tanquam procurator, aut procuratorem esse aut heredem, incipit dolo malo facere si rem depositam reddere non vult, ac proinde actione depositi rectè conuenietur.

1 ¶ Competit etiam condictio, depositæ rei nomine: sed non ante quā quid dolo admissum sit. non enim quemquam hoc ipso, quòd depositum accipiat, condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiserit.

Ad §. Competit. 1.

RAT. DVB. Appellamus actiones omnes personales condictiones, quibus intendimus aduersarium dare aut facere oportere, *§. appellamus 15. Inst. de action.* Atqui is qui agit depositi, intendit, aduersariū facere oportere, id est rē restituere, cū rei restitutio sit facti, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* Ergo etiā actio depositi quamuis in personam sit, dici tamen condictio potest, & consequenter fatendum est rei depositæ nomine condictionem competere etiam priusquam dolo malo quid admissum sit, sicut & depositi actio statim competit, *l. 1. §. idem Pomponius 14. & d. § est autem 22. supr. hoc tit.*

DEC. Dicebantur quidem olim omnes personales actiones cōdictiones, sumpta denominatione à denunciationibus quæ ad exercendas personales actiones erant necessariæ, cum prisca lingua condicere nihil aliud esset quàm denunciare, vt scribit Iustinian. in *d. §. appellamus.* Quomodo & hodie rectè quis dixerit condicere cœnam, id est denunciare. Sed post antiquatū illum vsum denū-

dixerunt: quia æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

Ad §. Siue autem. 1.

RAT. DVB. Depositarius non tenetur, nec conueniri potest nisi propter dolum quem admiserit aut priusquam conueniretur, aut eo ipso tempore quo conuentus fuit *l. 1. §. est autem supr.* Ergo si pendente iudicio & ante rem iudicatam res deposita peruenit etiam naturali interitu, & qui apud deponentem æquè cötingere potuisset, dicendum est nihilominus depositarium teneri, quomodo teneretur etiamsi mora tantum intercessisset. *l. quod te 5. sup. de reb. cred. l. si ex legati causa 23. & seq. infr. de verb. ob.* Est enim is vnus ex effectibus præcipuis moræ, vt periculum rei totum trásferat in moratorem *l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vlt. de verb. oblig. & l. nemo 81. §. 1. eod. tit.* Quanto magis si species quæ periit ex contractu bonæ fidei debeatur, cuiusmodi est contractus depositi: longè plus enim potest mora in actionibus bonæ fidei quàm in strictis, vt constat ex *l. mora. 32. §. in bonæ fidei, iuncta l. vsura 34. & seqq. & l. videamus. 38. §. si actionem & §. antepen. infr. de vsur. l. 3. §. si per venditorem infr. de act. empt.* Quemadmodum & plus potest dolus quàm mora, dolus autem delictum est, mora verò non æquè, sed tantum culpa est; quamuis & interdum possit esse sine culpa, putà cùm nascitur ex re ipsa vt in *l. curabit. 5. C. de act. empt. l. Titia Seio. 87. §. vsuras. de leg. 2.* aut ex solo lapsu diei ex *l. ad diem 77. de verb. ob. l. cùm quidam 17. §. si pupillo de vsur.* Ergo quemadmodū in cōditione furtiua; quæ datur cōtra furē, & nascitur ex dolo & delicto furis, non distinguimus an res furtiua æquè fuerit peritura, nec ne, vt cōstat ex *§. vlt. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. in re furtiua. 8. in princ. iuncto §. condictio legis præcedētis & l. vlt. supr. de cond. furt. l. subtracto 9. C. de furt. l. 1. § rectissimè & l. merito in fine inf. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. caus.* ita nec in actione depositi distinctio illa est adhibenda, cùm imputari possit depositario, quod semel dolū fecerit, cùm depositi restitutionem denegauit. *d. l. 1. §. si rem depositam 24. supr. hoc tit.* Et ratio est, quia si depositarius rem depositā domino restituisset, vtiq; potuisset dominus eam statim vēdere, atq; ita se à periculo interitus quantumlibet naturali liberare *l. item si verberatū 15. supr. de rei vend. l. cùm res. 47. §. vlt. de leg. 1.*

DEC. Nunquam actio danda est ei cuius nihil interest, cùm obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt acquirat quisque sibi quod sua interest. *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. ob. l. actionum 25. infr. de ob. & act.* Atqui nihil interest eius qui deposuit nec alterius actoris cuiuslibet, quod res deposita aut alio iure debita, statim restituta non fuerit, quoties constat fuisse illam æquè perituram penes actorem etiāsi restituta fuisset. Ergo hoc casu depositarium & alium debitorem quemlibet liberari æquum est, sed hoc ita, si clarissimè probet, quod plerumq; difficilimum est æquè rem penes actorem fuisse omnimodo perituram, putà si homo debitus statim post interpellatum debitorem repentino percussus morbo perierit, ita vt certum sit medium tempus nullum intercessisse quo vendi potuerit: aut si constet actorem numquam fuisse venditurum aut seruum depositum tā vitiosum & nequam fuisse, vt verisimiliter nemo eum fuerit empturus: sufficit enim ad retinendum in obligatione debitorem, vt potuerit actor rē à se petitam si fuisset restituta, vendere *d. l. item si verberatum in fin. & d. l. cum res §. vlt.* Intellige tamen cum Accursio nisi depositarius aliusve debitor quilibet iustam litigādi causam habuerit, vt in *l. qui solidum 78. in princip. & §. etiam de leg. 2.* Iniquum enim esset cogi quem ob eiusmodi periculum naturalis interitus indefēsum ius suum relinquere, vt eleganter scriptum est in *l. illud. 40. supr. de her. petit.* Vbi vide quæ de tota hac quæstione inter Martinum & Ioannem tantopere controuersa fusius scripsimus. Et ad *d. l. item si verberatum*, puta si ius retentionis habebat depositarius aut commodatarius ob impensas à se factas in rem conseruandam, vt in *l. in rebus 18. §. possunt. supr. commod. l. creditoris 15. vlt. infr. de furt.* Sed nos eum casum tractamus, quo depositarius in mora fuerit, adeoque in dolo non reddens depositum, qui proinde nullam satis iustam litigandi causam habuerit, vt in *l. si in Asia 12. §. vlt. supr. hoc tit.* Excipitur solus fur & raptor *d. l. subtracto. 9. C. de furt. & d. l. 1. C. de his quæ vi metus caus. gest.* quorum scilicet odio inductum est, vt quousque delictum per oblationē purgauerint, vno quoq; instāti moram nouā facere intelligantur *d. l. in re furtiua §. 1. & d. l. vlt. de cond. furt. iuncto §. sic itaq; Inst. de action.* Sed extra hunc casum sequenda omnino est distinctio huius §. quæ probatur etiam apertissimè ex *l. si is qui 56. in princip. infr. de iur. dot.* Vbi dicitur non teneri maritum iudicio de dote, etiamsi moram fecerit in exigēdo Sticho qui ei in dotem delegatus fuerat si æquè apud maritū moriturus Stichus fuerit, & ex *l. vlt. §. si ea conditione sup. ad l. Rhod. de iact. l. si duo 16. § ait prætor supr. de pen. constit. l. item si cum 14. §. quatenus. vers. quod si homo,* vbi etiam diximus *supr. quod met. caus.* Proinde verum non est quod quidam apud Accursum tentant dicere distinctionem hanc specialē esse in deposito, in quo pleraq; alia sunt specialia & singularia, cū ex legibus suprà citatis appareat aliis plerisq; casibus idem scriptum esse: sed longè grauior Accursij nostri error in eo est quod hunc §. intelligit de eo casu quo res deposita intercíderit, non solum ante rem iudicatam, vt Caius hic loquitur, sed etiam ante motam cōtrouersiam & contractam moram, vt inferat depositarium nō solùm in dolo non fuisse, sed neque in mora, quasi si in mora fuisset, aliud responsurus fuerit IC. cùm tamen verba Caij sint aperta tractātis de eo depositario qui actione depositi cōuentus fuerit, & de ea re deposita, quæ pendente iudicio perierit. Et postquam iam agi cœperat, ac proinde post motā cōtrouersiā: prius enim est moueri cōtrouersiā quā litem contestari *l. sed & si 25. §. si ante de hered. pet.* Et rursum prius litē contestari, quā rem iudicari *l. item videndum 18. §. si quis eod. tit. l. quæsitum 30. supr. de pecul.* Itaque fatendum est neque Accursium neq; Ioannem ad hunc textum respondere potuisse.

15. IVLIANVS libro 13. Digestorum.

QVi rem suam deponi apud se patitur, vel vtendam rogat: nec depositi, nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit, aut precariò rogat: nec precario tenetur, nec ex locato.

Ad l. Qui rem 15.

RAT. DVB. Actioni depositi vel commodati non potest obiici exceptio dominij *l. ita vt si fur. 16. supr. commod.* vbi diximus Ergo etiam is qui rem suam deponi apud se patitur vel vendam rogat,nõ eo minus conueniri potest actione depositi vel cõmodati.

DEC. Multum interest,an alieni dominij exceptionem obiiciat depositarius vel commodatarius,an proprij alieni non potest *d. l. ita vt l. 1. §. si prado supr. hoc tit.* At proprij potest,vt in hac lege. Et ratio diuersitatis illa est quam adfert Bartol. quod etiam res aliena deponi & commodari potest,propria non potest, non magis quàm emi aut conduci aut precario vel pignori accipi, *l. neque pignus 45. de reg. iur. l. sua rei 16. infr. de contrah. empt. l. qui rẽ 20. C. de locat. l. bona fides 31. vers. si tamen infr. hoc tit. & l. ei à quo. inf. de vsucap* Proinde cùm non teneat cõtractus,neq; obligatio neque actio vlla ex eo nasci potest, prius enim est,vt contractus teneat, quàm vt ex eo nascatur obligatio,& prius est vt obligatio nascatur, quàm vt actio ex ea detur:planè,si nõ appareat in continẽti de dominio depositarij vel cõmodatarij,vel cõductoris,æquũ est prius possessionẽ restitui, & postea de dominio litigari. Quã in rẽ cõparata est actio q̃ nostri vocãt, cõdictione *ex lege si quis condictionis 25. C. de locat.* Cuius in praxi frequẽtissimus vsus est,præsertim verò cùm agitur ex locato, quæ propria illius legis species est. Illa etiam distinctio adhibenda est, an de sola possessione in contrahendo actum sit,an etiã de proprietate,nihil enim vetat dominum proprietatis acquirere sibi quocunq; titulo etiam emptionis & precarij possessionem quæ sit aliena, vt in *l. certè 6. §. vlt. & l. seq. inf. de precar. l. si aliquam rem. 27. infr. de acquir. possess.* Nec tamen desunt,qui putent,eum,qui rem suam apud se deponi vel sibi commodari patitur, hoc ipso donare eam videri, si sciens id faciat. Quorum sententia certè probabilis non est, vt constat ex hac lege,quæ cùm de eo loquitur qui rem suam apud se deponi patitur, de illo vtique intelligit qui patitur sciens esse suam,non qui ignorans,nam nec patitur qui ignorat, cùm patientia omnis implicitam habere debeat scientiam *l. 2. Cod. de seruit. & aqua l. si quis diuturno 10. supr. si seruit. vind.* Nam neque tam facilis est donationis præsumptio, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Neque fieri potest donatio, nisi vel per traditionem, vel per stipulationem *l. Papinianus 201 infr. de dona. int. vir. & vxor.* quorum neutrum fit per solam patientiam,eius præsertim qui patitur rem suam sibi tradi. Accipit enim hic, non tradit:illud planè constat neminem errantem rei suæ dominiũ amittere *l. si procurator meus. 35. infr. de acquir. rer. domin. l. si id quod 7. in fi. infr. de rescind. vend.*

16. AFRICANVS libro 7. Quæstionum.

SI is, apud quem rem deposueris, apud alium eã deponat, & ille dolo quid admiserit: ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, vt actiones suas tibi præstet.

Ad l. Si is apud quem 16.

RAT. DVB. Cùm primus depositarius, rem apud se depositam penes alium deponit ignorante domino qui primus deposuit,æquũ est præstari ab eo factum & dolum secundi depositarij, quippe cũ non fuerit secundus depositarius in ea re dolũ admissurus,si prior depositarius rem sibi commissam custodiendam non penes alium deposuisset: non enim culpa caret qui rem sibi commissam aut negligit, aut donat, *l. cùm hi 8. §. si prætor aditus. supr. de transact.* Vnde nostri eliciunt brocardicum illud, eum qui debet aliquid curare,nõ debere illud donare, id est alij curandum committere, ex *l. minorũ C. de præd. minor. l. factum curatoris 22. C. de pact. l. 1. §. si rem supr. de offic. proc. Cæsar.* Ergo etiam priorem depositarium teneri æquum est actione depositi ob dolum à posteriore depositario admissum. Iuxta id quod iactare solent philosophi,causam causæ esse causam causati.

DEC. Depositarius non tenetur nisi ex proprio dolo, *l. 1. §. vlt. & passim supr.* In proposito autem, nullus depositarij dolus est qui rem sibi datam custodiendam penes alium deposuit, sed tantum culpa malæ electionis,si alium depositarium minus intelligentem elegerit, quæ tamen culpa non tam lata est vt dolo æquiparari possit, sed tantum leuis quæ in depositi actione nõ venit. Ergo non potest hoc casu prior depositarius teneri depositi, vt rem depositam restituat, quam nec habet nec dolo desinit habere, sed tamen quia obligatum habet posteriorem depositarium cuius dolo res amissa aut deterior facta est, eatenus teneri illum æquum est, vt actionem depositi, quam contra secundum depositarium habet, ei præstet qui deposuit,nimirum ex iuris regula quæ vult,vt quisquis tenetur ob hoc solùm quod actionem aduersus alium habeat,eiusmodi actionis cessione liberetur, *l. quod debetur 51. in fi supr. de pecul. l. 1. §. si te rogauero. vers. si verò sup. hoc tit.* Inde fit quod Accursius notat, vt in actione negotiorum gestorum aliud dicendum sit, id est,vt non liberetur negotiorum gestor, præstando actiones quas habet aduersus eum quem ad aliena negotia gerenda imprudenter elegerit, sed indemnitatem omnimodo præstare teneatur ei cuius negotia malè gesta sunt, *l. nam & seruus 21. §. vlt. supr. de neg. gest.* nempe quia negotiorum gestor non de dolo tantum tenetur vt depositarius, sed etiam de culpa leui, cui semper adscribenda est mala electio, *l. eum qui rem 10. §. vlt. cum leg. sequenti supr. commod. d. l. nam & Seruus §. vlt.*

17. FLORENTINVS libro 7. Institutionum.

LIcèt deponere tam plures, quàm vnus possint: attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt. nam tum id fit, cùm aliqua res in controuersiam deducitur. itaque hoc casu in solidum vnusquisque videtur deposuisse. quod aliter est, cùm rem communem plures deponunt.

Ad l. Licèt. 17.

Lex hæc magistralis est & duas ponit differentias inter depositum in genere & sequestre, quarũ prima est quod depositum in genere licet à pluribus quoq; fieri possit,tamen etiam ab vno fieri potest: sequestre autẽ nunquam nisi à pluribus, tunc enim locum

locum habet cùm aliqua res in controuersiam deducitur, & finis litis expectatur, aut saltem satisdatio, quæ in multis casibus pendente lite præstanda est, *l. si fideiussor 7. §. vlt. supr. qui satisd. cog.* Controuersia autem nisi inter plures esse non potest, nec enim differt à lite, nisi quod lis cōstituitur per cōtestationem, controuersia autem dicitur ante litē contestatam, *l. sed etsi 25. §. si ante sup. de hered. petit.* Plerunq; autem accidit, vt res quæ in controuersiā deducitur, sequestranda sit, nō solùm si satisdatio idonea desideretur, quā præstare sæpè difficile est: semper autē incommodum, *l. 2. §. penult. sup. de iudic. l. 1. § si pecuniā sacculo 36. & § seq. supr. hoc tit. l. postquā 5. § 1. infr. vt legat. vel fideic. cau.* sed etiam si periculum sit ne forte pendente lite & controuersia litigatores ad rixas & arma deueniant, vt in *l. si cuius 13. § sed si inter duos, aliàs l. æquissimum supr. de vsufr.* Quod frequētiùs accidit, cùm de sola possessione quæstio est, quam si de proprietate litigetur, postquam cæca hominū cupiditas, vt Seneca dicebat, proprietatē à possessione seiunxit, vnde fit, vt quāuis rei depositæ proprietas & possessio penes eū sit qui deposuit, nō penes depositarium, vt dicitur in *§. 1. huius leg.* Cùm tamen apud sequestrum eadem res à plurib. deponitur, videantur singuli in solidum rē deposuisse, non quasi duo in solidum eiusdem rei domini vel possessores esse possint, quod non magis iure fieri potest quàm per rerū naturā admitti dimensionū penetratio, *l. 3. § ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo 19. infr. de precar.* Sed quia cùm vnusquisq; se & solum, & in solidum possidere cōtēdat, deponit vnusquisq; apud sequestrū eā ipsam possessionē, quam habere se putat, ac proinde vnusquisq. in solidū, quod aliter est cùm rē cōmunē plures simul deponūt: videntur enim singuli fortasse tantum deposuisse, quia cùm de possessione consentiāt, satis intelligūt nō posse se singulos nisi pro parte possidere, *d. l. 1. § sed si duo 44. sup. hoc tit.* Altera differentia est quæ ponitur in *§. 1. huius leg.* quod rei sequestratæ possessio penes sequestrū est, nō penes eos qui deposuerunt, id enim agitur huiusmodi depositione, vt neutrius possessione id tempus procedat quo res penes sequestrū manet, queadmodū Florentinus in *d. § 1. huius legis* scribit. Alioquin euenire necesse esset, vt nullius effectus esset sequestratio, nec remediū efficax ad rixas compescendas. Quāuis si solo iudicis officio fiat sequestratio, aliud dicēdum sit, quia tunc custodię tantū causa fieri intelligitur, nō vt de iure veri possessoris quicquā detrahatur, tametsi nec nisi ad impediendas rixas soleant iudices ex officio ad hoc remedium recurrere, *l. interesse puto 39.* vbi latiùs de hoc nostri tractant *infr. de acquir. possess.* Et ad hanc nimirum sequestrationis speciem pertinet titulus *de probibita sequestratione pecuniæ*, non ad illam quæ fit ex contrahentium voluntate, quæ scilicet permissa semper est, & nunquam iudici prohibita. Quid enim aliud pronunciare iudex posset, quàm quod inter litigatores conuenerit, *l. iudicem 21. iuncta l. iudicium 13. supr. commun. diuid. l. si conuenerit 26. infr. de re iudic. l. 1. § inde quæritur. de nou. oper. nunciat.* Cætera quæ de sequestratione dici possunt, & ad depositi sequestrariam actionem pertinent, iam explicauimus ad *l. ei apud quem 5. § 1. & seq. cum l. sequent. & ad l. si in Asia. 12. § cum sequestro supr. hoc tit.* Iunge *l. sequester 110. de verb. sig.*

1 ¶ Rei depositæ proprietas apud deponētem manet. sed & possessio nisi apud sequestrem deposita est,[a] nam tunc demum sequester possidet. id enim agitur ea depositione, vt neutrius interim possessionis tempus procedat.

Ad §. Rei deposita. 1.

RAT. DVB. Depositarius saltem naturaliter possidet, *l. communi 7. § neq; coloni supr. commu. diuid. & l. 4. supr. ad exhib.* Possessio enim magis facti quàm iuris est, *l. 1. § si vir vxori de acquir. poss. & l. deniq; 19. supr. ex quib. caus. maior.* siue à pedib. siue à sedib. dicta possessio sit *l. 1. inf. de acquir. possess.* Atqui nō possunt duo simul possidere in solidū *d. l. 3. § ex cōtrario eod. tit. & d. l. duo 19. de precar.* Ergo fieri nō potest vt rei depositæ penes deponentem possessio remaneat.

DEC. Possidere est sibi &, animo domini, habere, atqui depositarius sibi nō habet, neq. animo domini, alioqui furtum facit cùm incipit sibi habere *l. si quid infitiatus. 13. in princip. & §. 1. supr. hoc tit.* Ergo verè & propriè non possidet *l. officium 9. supr. de rei vindic. l. si rem mobilem 47. infr. de acquir. possess.* Et cum dicimus depositarium possidere naturaliter de Asinina, vt aiūt, detentatione, intelligimus, quę propriè possessio non est, sed tota ex facto æstimatur, vt cum dicimus, naturaliter aperiri tabulas testamenti *l. 3. § aperire. infr. de S. C. Sylan.* id est reuera & de facto, longeq; aliud est possessionem naturalem habere aut esse in possessione, aliud verò possidere *l. videamus. 38. § si possessionem. infr. de vsur. l. si quis ante 10. infr. de acquir. possess. l. certè 6. §. is qui rogauit. inf. de precar. Iuncta l. naturaliter. 12. de acquir. poss.* Idem iuris est in re commodata *l. rei commodata 8.* vbi diximus *supr. commod.*

a *Nam tunc demū sequester possidet.* RAT. DVB. Possidere est sibi & animo domini habere, vt iam diximus. Atqui sequester non sibi possidet, neque animo domini non solùm, quia scit rem alienam, vt de creditore pignoratitio scriptum est in *l. Pignori. 13. de vsucap.* Sed etiam, quia rem ea mente accipit quasi redditurus *l. 1. in princ. sup.* Ergo non possidet.

DEC. Possessio quam sequester habet, in eo differt à cæteris possessionibus, quod non tam ex animo & sequestri voluntate pendet, quàm ex mente litigantium, qui sequestrum eligendo idegisse videntur vt à se possessionem abdicarent, eāq; in sequestrum transferrent, scilicet nisi contrarium probetur: potest enim admitti probatio in contrarium, vt Accursius notat, ex *d. l. interesse 39. de acquir. possess.* Alioqui fatendum est sequestrū propriè nō possidere si veram possessionem ex eius animo æstimemus, quomodo regulariter æstimanda est, siue de naturali intelligas, siue de ciuili, verè enim ac propriè is possidet naturaliter qui sibi quidē & animo domini id est tanquā dominus rem habet, sed iniustè, vt fur & prædo, & malæ fidei possessor quilibet, cuilibet verò qui & animo domini & iustè, vt bonæ fidei possessores omnes, *l. bonæ fidei 109. de verb. sig. & l. bonæ fidei. 48. de acquir. rer. dom.*

18. NERATIVS libro 2. Membranarum.

DE eo, quod tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa depositum est: in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione, & in simplū, & intra annum quoq. in ipsum verò & in solidū, & in duplū, & in perpetuū datur.

Ad l. De eo quod tumultus. 18.

RAT. DVB. Actio depositi quæ datur in duplum contra eum apud quem tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa res deposita est, pœnalis aut saltem mixta, cùm in duplo simplum cõtineatur, sicut dicimus de actione legis Aquiliæ, quæ partim pœnalis, partim rei persecutoria est, §. *vi autem, 19. iuncto §. in duplum 23. Inst. de action.* Atqui pœnales actiones non dantur in heredem, ne quidem quatenus rei persecutionem continent, nisi de eo quod ad heredem peruenit, aut post litem contestatam, *l. omnes pœnales 26. l. constitutionib. 33. inf. de obl. & act. l. inde Neracius 23. §. hanc actionem sup. ad leg. Aquil. §. his autem verbis Inst. eod.* Sicut neq; in patrem de peculio *l. ex pœnalib. 58. de reg. iur.* Ergo actio depositi de qua in *l. 1. in princip. sup.* quæ pro deposito vel incendij, vel ruinæ, vel tumultus, vel naufragij causa facto, contra depositarium datur in duplum, non est danda in heredem ne quidem in simplum ex *reg. iur. in honorariis 15. de obl. & action.*

DEC. Depositum quod fit vel tumultus vel ruinæ vel naufragij vel incendij causa, quæ necessaria est, non minus depositum est quàm quod causam habet merè voluntariam, nec minùs fauorabile est, imò fauorabiliùs, quod causam necessariam habeat *d. l. 1. §. 1. & seq. sup.* Ergo cùm obligatio huius depositi restituẽdi ex cõtractu nascatur, perinde atq; illa quæ ex simplici & voluntario deposito nascitur, nõ minùs trãsire debet in heredẽ depositarij ad simplum vsq;, quàm si voluntariũ depositũ proponeretur. Nam vsq; ad simplum merè rei persecutoria est, non pœnalis, quomodo de actione serui corrupti scriptum est in *l. vlt. supr. de seru. corrup.* In eo autem dũtaxat quod excedit simplum, pœnalis est, & ideò nec in heredẽ datur ex natura pœnalium actionum: nec quod detur in heredem ex dolo defũcti, facere potest, vt eo minus debeat dari in simplum, quia licet per eã dolus defuncti vindicetur, nascitur tamen ex contractu, & meram rei persecutionem continet, idque ex regula *leg. si hominem 7. §. datur,* vbi diximus *supr. hoc tit.* Aliud enim est nasci actionem ex dolo & delicto, aliud verò nasci ex contractu ad vindicandum dolum. At quia in eo quod excedit simplum, non rei persecutoria, sed pœnalis est, non datur in heredem vltra simplum, neq; enim hac parte tã ex cõtractu nascitur quàm ex delicto, & ex edicto prætoris, siquidem perfidiæ crimen crescit, cũ id quod depositũ fuerat ex causa tumultus, vel incendij vel naufragij, per depositarij dolum nõ restituitur, vt Vlpianus noster tractat in *d. l. 1. §. hæc autem 4. supr. hoc tit.* In eoq; errant grauiter qui cõtra nos scribere ausi sunt, actionem depositi quæ in his quatuor causis à prætore in duplũ data est, esse merè ex contractu, cùm tamen fateantur esse pœnalẽ. Nec enim fieri potest, vt actio vlla sit ex contractu & pœnalis, cùm omnes contractus cõparati sint & omnes actiones ex cõtractib. ad rem aliquã persequendã, *l. actionũ 25. §. 1. de ob. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. obl.* nulla verò actio sit quæ pœnã persequatur, nisi si quando pœna ipsa in stipulationem, aut in alium contractũ deducta sit quæ dicitur stipulatio pœnalis: de qua dicitur in *l. si pacto quo pœnã 14. l. duo societatẽ 71. pro socio l. prædia 27. infr. de act. empt.* Et quemadmodũ falsa est propositio quã iidẽ adstruunt, paucas esse actiones ex delicto merè rei persecutorias, cũ tã multæ sint, quas retulimus ad *l. in condictione 9. supr. de cond. furt.* ita & multo magis falsa illa est quam subiiciunt ex contractu, descendẽtes actiones paucas esse pœnales, debuerant enim scribere nullas esse penitus, quod fuisset longè verius, quàm quod antea tã sæpe scripserant ex delicto actiones merè rei persecutorias nullas esse. Et quãuis prætor optima ratione separauerit causas istas depositi necessarias à voluntaria, dando actionẽ in duplũ ex caussa depositi necessaria, non etiã ex voluntaria, nego tamen posse hanc separationem fieri, vi & potestate contractus. Nego actionem ex cõtractu depositi, licet causam necessariam habẽtis, trahi potuisse ad duplum, nec vltra quàm re vera depositum sit, nisi eã actionẽ pœnalẽ prætor edicto suo talẽ induxisset, nõ enim potuit facere vt pro centũ depositis ex quacũq; tamẽ causa, reddi tamẽ ducẽta deberẽt actione ex cõtractu depositi. Quippe quod cũ nõ nisi re & traditione cõtrahatur *l. 1. §. is quoque infr. de obl. & actio.* non vltra id quod reuera traditũ & depositũ est, obligare depositariũ potest *ex regula leg. cũ vltra 4. C. de non num. pec. l. si tibi 17. sup. de pact. l. rogasti 11. § si tibi sup. de reb. cred.* Quid ergo fecit prætor, nimirũ quod potuit, & quod fuit æquissimũ, vt maior depositarij perfidiæ, quæ vltra simplum actione ex contractu coerceri non poterat, noua & pœnali actione ex edicto ipso pposita vsq; ad duplũ coerceretur, quo edicto nihil opus fuisset, si sufficeret actio ex cõtractu, etiã cum prudentũ interpretatione in eam rẽ potuisset, sicuti nec fuit necessarium edictũ vllum ad hoc vt in actione depositi lis per inficiationẽ cresceret in duplum, sufficiente scilicet in eam rem iuris ratione & prudẽtum autoritate: & ita intelligendum est quod Iustinianus scribit in *§. rei persequendæ 17. vers. planè si depositi. de actionib.* mixtã esse hanc depositi actionẽ si ex his causis agatur, aut contra depositariũ aut cõtra heredem ex dolo proprio ipsius heredis, quod conuenit cum hac lege. Porrò quæ ratio facit vt actio hæc depositi, quæ cõtra depositariũ datur in duplũ, nõ detur cõtra heredẽ depositarij nisi in simplũ, nẽpe quia in eo quod excedit simplũ, tota pœnalis est. Eadẽ efficere videtur vt neq; post annũ dari debeat in depositariũ, quia pœnales actiones, neq; post annũ neq; in heredẽ dantur *d. l. in honorariis.* Et tamẽ scribit Neracius dari eam aduersus depositarium in perpetuum, quod pugnare videtur cum supradicta regula. Quòd si intelligas, vt quidã apud Accursiũ de actione hac in duplũ, quatenus simpli persecutionẽ cõtinet, atq; ita quatenus rei nõ pœnæ persecutoria est, eueniet vt æque falsũ sit quod prima pars huius legis habet, in heredẽ depositarij dandã eã non esse nisi intra annũ. Constat enim actiones omnes præsertim ex cõtractu descẽdentes, quatenus rei persecutionẽ cõtinẽt dari etiã post annũ, *d. l. in honorariis.* Et rursum eas quæ pœnales sunt, ne quidẽ intra annũ dari posse cõtra heredẽ, aduersus quẽ nullo modo transeunt, nisi de eo quod fortè ad ipsum peruenerit, vt eadẽ lex ait. Ac sanè, fatendum est, esse aliquid in hac actione speciale, & diuersum à cæteris siue rei persecutoriis, siue pœnalib. actionibus, vt nimirum quãuis sit pœnalis in eo quod excedit simplum, nihilominus detur in depositariũ etiã post annũ, & in perpetuum: & rursus quãuis vna sit actio eaq; pœnalis, tamen detur cõtra heredem vsq; ad simplũ & in perpetuũ. Cuius diuersitatis ratio petẽda ex eo est, quod iã diximus, actionẽ hanc quatenus rei persecutoria est, nasci ex contractu, id est vsq; ad simplum. In eo autẽ quod excedit simplũ, id est, quatenus pœnalis est, nõ nasci ex cõtractu, sed ex delicto induci per edictum prætoris. Cuius edicti verba ab Vlpiano relata in *d. l. 1. §. 1. supr.* hoc ipsum apertè sonãt

vt &

vt & contra depositarium danda sit in duplum, & contra heredem depositarij, cum ex dolo defuncti conuenitur in simplum, nullibi additis verbis illis, *intra annum*, quæ addere prætor solet in inducendis actionibus ex delicto pœnalibus, vt intelligamus vtroque casu actionem hanc esse perpetuam, sed in duplum contra depositarium, in simplum contra heredem nisi heres ex proprio dolo conueniatur, quo casu æque in duplum est, vt ipsa etiam edicti verba probant. Quod si pergas quærere, cur prætor hanc actionem pœnalem aliis verbis, & conditionibus induxerit quàm cæteras, dicã ita factum ab eo esse, quod actio hæc non tantùm sit mixta ex pœna & rei persecutione vt cæteræ, sed ex contractu & delicto simul, quod nescio an vlli alij actioni pœnali conuenire possit, illud tantum explicandum superest, quid sibi Neratius velit cùm in hac lege scribit de eo quod necessaria causa depositum est agi contra heredem ob dolum defuncti in simplum, *& intra annum quoque*. Hæc enim posteriora verba sunt quæ Accursius noster intelligere non potuit, existimans ex duabus quas adfert interpretationibus, primam esse veriorem, quæ negat teneri heredem depositarij in simplum post annũ, improbata posteriore quæ vult actionem in simplum dari in perpetuum etiam cõtra heredem, nempe quia nõ potuit ad verba illa, *& intra annum quoq;* respondere, quorum tamen sensus proculdubio non alius est quàm quem nos attulimus in *errore* 4. *Decad.* 76. *de error. Pragmat.* vt scilicet actio hæc quæ contra depositarium datur, & in duplũ & in perpetuum, detur in heredem depositarij in simplum, id est nõ ad duplum, ne quidem intra annum, quamuis soleat Prætor esse facilior ad dandam actionem pœnalem intra annum quàm post annum, quod nos supradicto loco pluribus explicauimus. Itaq; nõ est in hac lege constituenda triplex Antithesis inter depositarium & eius heredem, vt vulgò fieri ab interpretibus solet, quasi depositarius teneatur in solidum omni casu, depositarij autem heres si coheredẽ habeat, non teneatur nisi pro hereditaria portione. Item vt depositarius teneatur in duplum, heres autem ex dolo defuncti in simplum duntaxat. Denique vt depositarius teneatur in perpetuum vsque ad duplum; heres verò non nisi intra annum etiam ad simplum. Tertia enim illa Antithesis sicuti falsa, ita nulla hic est, sed priores tantùm duæ, quarum primam iam satis explicauimus in *d. l. si hominem. 7. §. datur. supr.* vbi eadem sententia proponitur, sed generalior in omni deposito, siue necessariam, siue voluntariam causam habente, vt si plures sint depositarij heredes, omnes quidem simul teneantur in solidum etiam ex dolo defuncti licet ad eos nihil ex deposito peruenerit: sed tamen singuli non nisi pro hereditaria portione teneantur. Itaque manifestè falsum est quod Bartolus putat actionem in duplum pœnalem quę datur contra heredẽ depositarij ex dolo proprio non dari post annum secũdùm naturam pœnalium actionum, nam præter id quod in hac lege nihil tale scriptum est, pugnat hæc sententia, vt iam diximus cum verbis edicti, quibus actio in duplum proponitur non minus contra heredem depositarij ex proprio dolo quàm cõtra depositarium, nulla anni adiecta mentione, neque verò alia huius actionis natura quærenda est, quàm quæ à prætore ipso supradictis edicti verbis inducta fuit. Ex quibus etiam conuincitur alius non minus grauis error Accursij existimãtis *ad d. l. 1. §. 1. supr.* actionem pœnalem non aliter dari in duplum ne quidem contra ipsum depositarium, quàm si depositum infitiatus sit, quasi ad hũc casum pertineat; quod Iustinianus scribit in §. *sed furti quidem 26. Inst. de action.* interdũ depositi actionem inficiatione crescere & duplicari. Id enim non ad hoc genus depositi spectat quod fit ex causa necessaria, cuius actio etiam in confitentem est in duplum, sed ad actionem depositi voluntarij, quæ sicuti aduersus confitentem non datur nisi in simplum, ita contra inficiantem redditur in duplum, proinde similis est hæc actio illi quã Prætor induxit de seruo corrupto, de qua Vlp. scribit in *l. doli. 5. sup. de seru. corrup.* actionẽ illam etiam aduersus fatẽtem, id est, ab initio, & sui natura in duplũ esse, quamuis actio legis Aquiliæ inficiantem duntaxat coërceat.

19. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

IVlianus, & Marcellus putant, filiumfamilias depositi rectè agere posse.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Filiusfamilias licet sit in patria potestate, attamẽ habet caput in ciuitate, & personam integram, cùm sit ciuis Romanus perinde ac paterfamilias, *l. nam ciuium 4. sup. de stat. hom.* ita vt ex quolibet contractu, & agere & conueniri possit, *l. filiusfamilias ex omnibus 39 infr. de ob. & act.* in quo præcipuè differt à seruo qui quoniam neque caput, neque statum in ciuitate habet, *l. 4. supr. de capit. minut.* non tam pro mortuo, quàm pro nullo habetur, *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. nullo modo 7. infr. ad leg. Cornel. de fals.* ita vt neque obligari ciuiliter, neque agere, neque conueniri possit, *l. serui 14. de ob. & action. l. nec seruus 41. supr. de pecul. l. cum seruo 107. de reg. iur.* ergò non erat cur Vlpianus ex Iuliano & Marcello hic moneret tanquam nouum quiddam singulare, & filiumfamilias si deposuerit, depositi agere posse.

DEC. Quicquid filiusfamilias acquirit, totum id acquirit patri in cuius est potestate, *l. 1. in princ. infr. si quis à parent. man. sit.* adeo vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona ipsius filij consistat, *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Ergo si quando contrahit obligationem ciuilem & actionem quę ex ea nascitur, acquirit patri non sibi, quandoquidem & obligatio & actio iuris est, *l. quod dicitur*, & consequenter cùm agit, non suo nomine agit, sed patris, nullamque actionem habet, quam suo nomine possit instituere, exceptis quatuor, quas recẽset Paulus ex eiusdem Iuliani autoritate in *l. filiusfamilias suo nomine 9. de ob. & act.* scilicet iniuriarum, quod vi, aut clam depositi & commodati, nempe, vt arbitror, quod huiusmodi actiones plurimum ex facto pendeant, quæ autem facti sunt, faciliùs resideant penes filiumfamilias, nec tam facilè transeant in patrem, *d. l. quod dicitur 103. de oblig. & act.* hactenus saltem, vt non etiam in filiifamilias persona possint cõsistere, *l. si longiùs 17. §. si filiusfamilias supr. de iudic. l. si vnius 17. §. ait prætor, & sequentib. infr. de iniur.*

20. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

SI sine dolo malo rem depositam tibi, amiseris: nec depositi teneris: nec cauere debes, si deprehenderis, eam reddi. si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

Ad l. si sine dolo 20.

RAT. DVB. Cùm depositarius rem penes se depositam dolo malo amisit, quamuis depositi nõ teneatur, quia dolus solus in hanc actionẽ veniat, *l. 11 §. vlt & passim sup. h. t.* si tamen ad eum res deposita iterum peruenerit, incipit depositi teneri, propterea quod rei restituendę habeat facultatẽ, vt in hac lege scriptum est, & in *l. 1. §. inde scribit Neratius 20. & seq. sup.* Ergo etiam priusquam depositarius rem depositã recuperauerit, cauere saltem debet nuda repromissione, de reddẽda re deposita, vbi primum eam apprehenderit, vt obseruatur nõ tantùm in actione in rem, *l. si à bonæ fidei 21. in fi. supr. de rei vind.* sed etiã in actione mandati, *l. si procuratorem 8. §. vlt. infr. tit. prox.* Itemq; in actione ad exhibẽdum, *l. Celsus 5. §. vlt. sup. ad exhib.* & in condictione ob causam, *l. si pecuniã 5. § item si quis. in fin. supr. de cond. caus. dat.* Et generaliter ferè in omnib. bonę fidei iudiciis, *l. in omnibus 41. sup. de iudic.* Nec enim magnũ damnum aut incõmodũ est in præstanda cautione quæ nuda repromissione contenta sit, vt hæc *d. §. item si quis. in fi. l. emptori 37. in princ. l. quæsitum 56. inf. de euict. l. 3. C. de verb. sign.*

DEC. Prius est, vt quis obligatus sit quam vt cautionẽ prę̨stare debeat, qui enim nihil debet, cur cauere cogatur? neque enim quisquã superuacua cautione onerandus est, *l. hæc stipulatio 14. §. 1. inf. vt legati seu fideic. seruand. cau. caueat.* Atqui depositarius qui sine dolo suo rẽ depositã amisit, nihil omnino debet ex causa depositi, cùm nullus ipsius dolus intercesserit, *d. l. 1. § si rem à seruo 31. supr. h. tit.* Ergo nec cauere quidem debet rem reddi si eam apprehenderit, in eoque melioris conditionis est, & esse debet, quàm cæteri qui conueniũtur aliis supradictis actionibus, qui, vt monet Accursius, non tantũ de dolo tenentur, sed etiam de culpa, & quod præcipuum est ex eã causa, ex qua lucrũ aliquod sperare aliquo casu potuerint, quod in depositario diuersum est, qui neq; de culpa vlla tenetur, nisi de lata quæ dolo sit proxima, neque commodum vllum, sed duntaxat incommodum ex rei depositę custodia sperare possit.

21. IDEM libro 60. ad Edictum.

SI apud filiumfamilias res deposita sit, & emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conueniri: sed ipse filius.[a] Plus Trebatius existimat, etiam si apud seruum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum: licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur.

Ad l. Si apud filiumfamilias 21.

RAT. DVB. Quisquis cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias in solidum, & patrem de peculio. Atqui actio quæ semel aduersus aliquem competiit, ea nec euictione, nec morte, nec emancipatione filij aut manumissione serui extingui potest, *l. euicta re vendita 63. § si seruus. infr. de euict. l. si hominem 47. §. 1. de ædilit. edict.* Ergo si apud filiumfamilias res deposita sit qui postea sit emancipatus, etiamsi post emancipationem adhuc teneat, non eo minùs intra annum de peculio conueniri potest, saltem intra annum, quo temporis spatio prætor post emancipationem filij actionem de peculio conclusit, *l. 1. supr. quand. de pecul. actio est annal.* DEC. Is demum actione depositi teneri potest qui & contraxit, & rei depositæ facultatem habet. *l. 1. § idem Neratius ait. supr.* Atqui pater depositarij rem depositam habentis nullam habet rei restituendæ facultatem. Ergo depositi actione conueniri non potest, ne quidem de peculio, cùm etiamsi depositum ipse cum filio suscepisset, conueniri tamen depositi non posset, quia restituendæ rei facultatem non haberet, sicut dicimus de pluribus commodatarij heredibus, *l. 3. §. heres eius. supr. commod.* Quantò igitur minùs teneri patrem de peculio ex persona filij, qui iam emancipatus est, quique peculium amplius habere nullum potest? Nam & hæc ratio facit, vt etiam extra causam depositi pater de peculio teneri desinat ipso iure post filij emancipationem, nisi sola æquitas, conseruandæ intra annum vtilis de peculio actionis causam induxisset, quæ porro æquitas nulla subest, cùm post emancipationem habet filius penes se rem depositam, quam cùm esset adhuc in patris potestate, custodiendam susceperat, præsertim cùm depositi actio non nisi ex dolo dari possit, dolus autem hîc nullus intercesserit, neque patris, neque filij. Adeò vt nec filius ipse conueniri posset, nisi in ea causa esset, vt quia rei restituendæ facultatem habet, dolo facturus sit, si non restituat, *dict. l. 1. § est autem 22. supr.* quod de patre non similiter dici queat, in quo neque præteritus, neque futurus dolus interuenire vllus potest: quamuis ea ratio sola non sufficeret, vt pater de peculio non teneretur, si filius adhuc in potestate manens dolum amisisset, cùm actio depositi quę contra patrem de peculio competit, non differat specie ab illa quæ contra filium ipsum datur, cùm nihil sit nisi qualitas, & adiectio quædam actionis principalis, eandémque ex eodem contractu naturam & causam habens.

a *Plus Trebatius existimat.* RAT. DVB. Seruus manumissus non tenetur ex contractu in seruitute inito, nec in eũ actio dari potest ex contractu, sed tantùm ex delicto. *tot. tit. Cod. an seruus ex suo fact. l. eum actum 17. supr. de procur.* Ergo si apud seruum depositum sit, etiãsi dolo quid fecerit, & manumissus rem teneat, non eò magis tamen in ipsum actio est danda, sed in dominum, vt disertè scriptum est in *l. 1. §. si apud seruum 18. supr. hoc tit.* DEC. Multum interest, an contra seruum manumissum agatur ex contractu depositi ob dolum quem in seruitute admiserit, an verò ratione doli præsentis, id est, admissi post manumissionem, putà in eo quod nec hodie reposcenti domino velit rem depositam reddere. Hoc enim sufficit ad dandam actionem depositi, etiamsi nullus alius dolus præcesserit *d. l. 1. § est autem 22. supr.* atque ita hic locus conciliandus est cum *d. § si apud.* reiectis cæteris interpretationibus & conciliationibus Accursij, vt ad illum §. scripsimus, licet Bartolus vltimam magis probet, quæ tamen omniũ improbabilissima est, quasi Paulus hic loquatur de rei vindicatione & actione ad exhibendum contra manumissum danda, cùm tamen non nisi de depositi actione intelligi possit.

22. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

SI duo heredes rẽ apud defunctũ depositã dolo interuerterint, quodã vtique casu in partes tenebuntur. nam si diuiserint decẽ millia, quæ apud defunctũ deposita

deposita fuerant,& quina millia abstulerint,& vterq; soluẽdo sit: in partes obstricti erunt. nec enim amplius actoris interest. Quòd si lãcem cõflauerint, aut comflari ab aliquo passi fuerint, aliáve quæ species dolo eorum interuersa fuerit: in solidum conueniri poterunt, ac si ipsi seruandam suscepissent. nam certè verum est, in solidum quemq; dolo fecisse: & nisi pro solido, res non potest restitui.[a] nec tamen absurdè sentiet, qui hoc putauerit. planè, nisi integræ rei restitutione, eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse: condemnandum tamen, si res non restituatur, pro qua parte heres exstitit.

Ad l. Si duo. 22.

RAT. DVB. Conditio obligationis defuncti ex persona heredũ mutari nõ potest, *l. 2. §. ex his infr. de verb. obl.* Atqui obligatio restituendi depositi in persona depositarij est indiuidua, ita vt liberari non possit nisi solidi & totius debiti restitutione, *l. de eo 18. supr.* Ergo & in personis heredum depositarij, indiuidua esse debet, ac proinde si duo heredes rem apud defunctũ depositã dolo malo interuerterint, quãuis decẽ millia purã, quæ apud defunctũ deposita fuerint, inter se diuiserint, & millia quina abstulerint. Dicendũ videtur teneri vnũquemq; illorũ vt integra decẽ millia restituat, etiamsi vterq; soluẽdo sit, nã & actoris interest, vt qui cũ vno tantũ contraxit, in plures nõ distringatur aduersarios, *l. 1. supr. de exercit. act. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr. de pecul.*

DEC. Actio depositi nõ ad aliud dari potest quã ad illud quod actoris interest, cùm obligatio restituendi depositi sit facti, in obligationib. autem faciendi succedat præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fi. infr. de re iudic. l. quoties quis aliũ 81. l. cùm stipulatus sim. 113. in fin de verb. obl.* Atqui nihil interest ei[9] qui deposuit, si totũ quod deposuit, cõsequutus sit à plurib. depositarij heredib. pro portionib. hereditariis, aut cõsequi possit, cùm vterq; sit soluendo, nec quod ei cõmodius esset aduersus vnũquẽq; eorũ posse in solidũ agere, ad rẽ facit, cùm lex duodecim tabularũ ipso iure diuidat obligationẽ, quoties deposita res diuidua est, vt diximus ad *l. 1. §. si pecunia in sacculo 36. supr. hoc tit. l. 1. & passim C. de hered. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. cred. vel debit.* nã si res deposita indiuidua sit, & in ea dolus in solidũ admissus sit ab omnib. simul heredib. putà, si lancẽ depositã cõflauerint, aut cõflari ab eo passi fuerint, aut alia quælibet species dolo malo interuersa sit. Omnis enim species indiuidua est, *l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. de solut. l. stipulationes nõ diuidũtur 72. de verb. ob.* dicendũ est actionẽ quoq; depositi indiuiduã esse, ac proinde in solidũ aduersus vnumquẽq; ex heredib. cõpetere, non ob id solũ quod res quæ indiuidua est, restitui nisi in solidũ non possit, sed etiam quod dolus cõmuniter & simul ab omnib. in solidũ admissus fuerit, qui per hanc depositi actionem vindicatur. Ergo perinde hoc casu teneri debẽt heredes singuli in solidũ, ac si ipsi singuli rẽ seruãdam & custodiendã suscepissent, vt Marcianus hic scribit, cùm actio ex ipsorum nõ ex defuncti facto nascatur, vt ex eo apparet: quod si quis ex heredib. dolo careat, nulla in eũ depositi actio cõpetit, *l. in depositi 9. cũ l. sequenti. supr. hoc tit. l. tres tutores 55. in princ. vers. planè de admi. & pet. tut.* Nã si plures essent depositarij, similiter dicendũ esset cõtra vnũquẽq; eorũ in solidum agi posse *d. l. 1. §. si apud duos 43.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

a *Nec tamen absurdè sentiet qui hoc putauerit.* Totum hunc versiculum ab his verbis ad finem vsque §. vnico contextu legendum esse arbitror hoc sensu, vt dici possit non absurdè in ea specie, de qua posteriore loco diximus, id est, cùm in re indiuidua deposita dolus malus cõmuni omnium heredũ dolo admissus est. Planè quidẽ, id est, omnino non nisi integræ rei restitutione eũ cum quo actum fuerit, liberari posse, sed tamen si res nõ restituatur, condẽnari eũ nõ debere, nisi pro qua parte heres extiterit. Itaq; delendũ est punctũ quod subsequitur verbũ *putauerit*, quo retento, non possent verba hæc referri nisi ad clausulã præcedẽtem, cui tamen cõuenire nullo modo possunt, vt constat ex dictione aduersatiua, *tamen*, quæ nihil habet in superiorib. cui aduersetur, queãdmodũ & clausula sequẽs si eam incipias à verbo, *planè*, vt fit ab omnib. interpretib., nõ habebit verbũ à quo regantur verba illa *non posse*, *condemnandum*, quæ regi certè debent à verbo *putauerit*. Putò tamẽ ego totũ hunc versiculũ ab his verbis ad finẽ vsq; Triboniano potiùs quàm Marciano esse adscribendũ. Marciani enim sensus in superioribus ille proculdubio est, quoties vnius depositarij heredes plures tenẽtur in solidum, siue quod res deposita indiuidua sit, quæ pro parte restitui nõ possit, siue quod cõmunis dolus heredũ in re deposita interuertẽda admissus fuerit, in solidum eos sicut cõueniri ita & cõdẽnari debere ad totam æstimationẽ præstandã, vt cõstat ex *d. l. 1. §. si apud duos 43. supr. & ex l. 2. §. incertã infr. de stip. prætor.* in quibus locis nõ tantũ de actione tractatur, sed etiam de cõdemnatione & præstatione. Et quãuis omnis condemnatio sit pecuniaria, fieri tamẽ nequit, vt qui ex proprio dolo in solidũ conuenitur, in solidũ quoq; condẽnari nõ debeat, licet pecunia ipsa quæ pro eo quod interest, præstãda est, diuidua sit. Lõgẽq; alia species est quæ tractatur in *l. in executione 85. §. in solidũ de verb. obl.* vbi agitur de plurib. heredib. non ex proprio dolo, sed ex defuncti contractu in solidum conuẽtis, & sanè verba prima huius versiculi ostẽdunt satis aliud hic voluisse Tribonianum dicere quàm quod Marcianus dixerat, quem tamen in eadem specie aliud atq; aliud exstimasse credendum non est.

23. MODESTINVS libro 2. Differentiarum.

Actione depositi conuentus, seruo constituto: cibariorum nomine, apud eundem iudicem vtiliter experietur.

Ad l. Actione 23.

RAT. DVB. Tametsi in actione depositi ratio impensarum habenda sit: quæ in rem depositam custodiendam factæ fuerũt ne ex deposito damnũ sentiat, *l. si in Asia 12. §. 1. supr. l. si seruus communis 61. §. quod verò inf. de furt.* imputari tamẽ potest ei si actione depositi cõuẽt[9] seruũ restituerit depositũ quẽ retinere poterat, quousq. cibaria ei pstita redderẽtur *arg.*

l.sufficit 56.supr.de cond. indeb. quasi videatur donasse qui retentionem quam habebat, omisit, est enim hæc lex intelligẽda de depositario qui seruum restituit, ideóque Cuiacius benè monet legendum esse, *seruo restituto*, non quomodo legitur *constituto*, quæ nullius sensus lectio est: nam si cum Accursio intelligas de seruo qui apud depositarium adhuc constitutus sit, id est nondum restitutus, planè stultus vtiq; fuerit depositarius si malit actione depositi contraria experiri apud eundem iudicem cibariorum nomine, quàm sibi consulere per retentionem & doli exceptionem, quæ bonæ fidei iudiciis omnibus inesse dicitur, *l.sed si ideo.21.infr.sol. matrim. l.huiusmodi* 84. §.*qui seruum de leg.1.l. Seia* 42.*de mort. caus. donat.* Semper enim plus cautionis est in re quàm in persona, vt habet iuris regula in *l.plus cautionis 25.de reg.iur.* DEC. Qui retentiones quas solas habent, omitrunt, nullo alio remedio prospicere sibi possunt, *d.l.sufficit l.in hoc iudicium* 14.§.1.*sup. commun.diuid.l.hæres.21.infr.ad S.C.Treb.* Atqui depositarius non tantum retentionem habet doliq; exceptionem ad consequenda cibaria quæ in seruum depositum impendit, sed etiam depositi actionem contrariam quam proponere potest etiam vltro, id est, priusquam directa depositi actione conueniatur, in quo præcipua contrariarum actionum vtilitas consistit, *l.in commodato* 17.§.1.*supr. commod.l.3.§. vlt.infr.de contr.tut.& vtil.act. l.sed an vltro* 10. *in princip.supr.de neg.gest.* Ergo licet restituto seruo qui fuerat depositus, retentio nulla præstitorum cibariorum nomine competere possit, superest tamen contraria depositi actio ad ea repetenda. Et quidẽ apud eundem iudicem apud quem depositarius directa depositi actione conuentus fuerit; etsi enim fieri potest, vt alterius iurisdictionis sit is qui deposuit, quàm depositarius, non habet tamen quod conqueratur, is qui deposuit si apud depositarij iudicẽ quem elegit, contraria depositi actione conueniatur, apud quem coëgisset deponentem litigare si retentionem magis quàm actionem eligere maluisset. Estque hic vnus ex illis casibus, in quibus apud eundem iudicem agendum est, & quorum exempla alia proponuntur in *l.1.& 2.supr. de quib. reb.ad eund.iud.eatur.*

24. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

L*Vcius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi, adnumerante seruo Sticho actore, esse apud me, vt notum haberes: hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio, quos quandoque voles, & vbi voles, confestim tibi numerabo.* quæritur propter vsurarum incrementum. respondi, depositi actionem locum habere. quid est enim aliud commendare, quàm deponere? quod ita verum est, si id actum esset, vt corpora nummorum eadem redderentur. nam si, vt tãtundem solueretur, conuenit: egreditur ea res depositi notissimos terminos.[a] in qua quæstione, si depositi actio nõ teneat, cùm conuenit, tantundẽ, non idem reddi, rationem vsurarum haberi, non facilè dicendum est: & est quidem constitutum, in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, vt tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio. sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, vsuras ab eo desiderari temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit:[b] si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, lex contractus seruabitur.

Ad l.Lucius Titius.24.

RAT. DVB. In epistola quam Papinianus hic ponit à Lucio Titio ad Sempronium scriptam fuisse, nulla depositi mentio fit. Ergo depositi contractus non fuit, sed potiùs mutui, cùm & numeratæ pecuniæ mentio facta sit, & restituendæ, ac proinde nec depositi actio locum habere potest, sed potiùs condictio certi ex mutuo. DEC. Commendare nihil aliud est quàm deponere, *l. commendare* 186. *de verb sig.l. Publia 26.in princ.infr.* Scilicet cum ad rẽ aliquam refertur, non etiam cùm ad personam, *l.si verò non remunerandi* 12.§.*cùm quidam infr.tit.prox.* Atqui verba Epistolæ hæc fuerunt, *Centum nummos quos hac die commendasti mihi.* Ergo depositi contractus fuit, & consequens depositi actio locum habere debet, quamuis non sicut depositi ita & commendati actio vlla sit, in quo apertè errauit Iac. Cuiac. qui commendati actionem pro *commodati* legere voluit in *l. vlt. C. de commod.* vt alibi diximus, sed hoc ita verum est, quod cum Papiniano dicimus actionem depositi in hac specie locum habere, si id actum sit vt corpora nummorum eadem redderentur, nam in eó maximè differt depositum à mutuo inter cætera, quod ex deposito, non tantundem reddendum est, sed idem ipsum quod depositum fuit, ex mutuo autem non idem, sed tantundẽ, *l.2.in princ.supr.de reb.cred.in nauem Saufeij* 31. *versic.idem Iuris est infr.locat.* Multum verò interest, an mutuum esse dicamus, an depositum, maximè propter incrementum vsurarum, quæ ex mutuo deberi non possunt nisi interueniente stipulatione, *l.Titius 24.infr. de præscript. verb.l. quamuis 3.C.de vsur.* At ex contractu depositi, vt & ex aliis bonæ fidei contractibus vsuræ deberi possunt etiam citra stipulationem, siue ex pacto, si quod de pręstandis vsuris in continenti conuenerit, vt scriptum in fine huius legis, siue ex mora, si moram fecerit depositarius in reddendo deposito, *l. mora 32.§.in bonæ fidei, l.vsuras 34.& sequentibus. infr.de vsur.* Ergo si in proposita specie fingas conuenisse siue expressè siue tacitè, vt non eadem nummorum corpora redderentur, sed tantundem, dicendum est eam rem egredi notissimos depositi terminos, & consequenter mutuum erit, non depositum, *l.proxima §.1.cũ l.Publia.26.§.1.infr.* Ergo, nec vsurę hoc casu debebũtur. Id enim consequẽs videtur ei quod modo diximus. Et tamen non ita est, neque enim idcirco mutuũ contractũ videri potest quod in deposito aliquid actũ sit, quod à depositi natura alienũ esse videatur, cũ nõ de mutuo cõtrahẽdo, sed de deposito cõtrahẽtes cogitauerint, sufficitq. vt nihil actum aut dictũ sit contra substantiã contractus, ponenda enim

enim differentia est inter cuiusq; contractus naturam & substantiam, vt dicemus ad *l. pacta cõuẽta. 72. infr. de contrah. empt.* substantia autem depositi nõ in eo cõsistit vt idem reddatur, sed vt res deposita custodiẽda detur, & reddẽda tãquã deposita, *l. 1. supr. in princ. hoc tit.* q̃ duo in proposita specie, vt & in *l. proxima §. 1. & in l. Publia. 26. §. 1. inf.* ergo nõ eo min⁹ erit depositũ quod cõuenerit vt tãtudẽ redderetur, sed erit tamẽ pactum hoc contra naturã depositi, nec eo magis tamẽ aut nomẽ aut substantiã cõtractus vindicabit *d. l. in nauem, & d. l. pacta conuenta. infr. de contrah. empt.* Nam etiam contractus omnes ex pacto suam naturam possunt excedere *l. naturalis. 5. §. sed si facio. infr. de præsc. verb.* Sequitur,

a *In qua quæstione si depositi actio non teneat.* RAT. DVB. Vsuræ pecuniæ non debentur citra stipulationem *d. l. 3. C. de vsur. d. l. Titius. 24. infr. de præscript. verb.* Ergo etiamsi depositum sit, si tamen actio depositi locum nõ habeat, vsuræ deberi nõ possunt, cùm nulla hic stipulatio interuenerit. DEC. Constitutum est in omnibus bonæ fidei iudiciis, vt quod ad vsuras pertinet, tantumdem possit officiũ arbitri, id est, iudicis qui de bonæ fidei actione cognoscit, quantum potest stipulatio *l. quia tantundem 7. supr. de neg. gest.* Ergo quamuis nulla stipulatio interuenerit, vsuræ tamẽ non eo minus debebuntur siue ex nudo pacto, vt diximus, siue ex mora. In eãque rem competet etiã actio depositi *d. l. prox. §. 1.* Sed an eius quoque temporis quod moram præcesserit, si nulla conuentio intercessit, vsuræ aliquæ debeantur: Papinianus dubitat & rationem dubitandi ex eo sumit, quod proximè dixerat in bonę fidei iudiciis, quale est iudicium depositi, tantundẽ posse officiũ iudicis quod ad vsuras pertinet, quãtum stipulatio posset *d. l. quia tantundem.* Atqui si stipulatio de præstandis vsuris interuenisset, non dubitaretur, quin præstari omnimodo vsuræ deberent, etiam eius temporis quod moram præcessisset, nec enim quærimus, an mora præcesserit, necne, cùm de iis vsuris disputamus, quæ non ex mora, sed ex conuentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. ob.* Sed in contrariũ decidendi ratio, in qua Papinianus conquiescit, illa est, quod contra bonam fidem & depositi naturam fit, vsuras eius temporis quod morã præcessit, ab eo desiderari qui beneficium in suscipienda & custodienda pecunia dedit. Itaq; concludit Papinianus in effectu nihil interesse, cùm de vsuris quæritur, an depositum ea lege contractum sit, vt tantundem, an vt idem redderetur, & vtroq; casu depositum nihilominus esse, & actionem depositi tenere. Atq; ita etiam vsuras vtroq; casu deberi siue ex mora siue ex pacto nudo, non tamen ante moram citra pactum.

b *Si tamẽ ab initio de vsuris præstandis conuenit.* RAT. DVB. Cõtra bonã fidẽ est & depositi naturam, vsuras eius tẽporis quod moram præcessit, desiderare ab eo qui beneficium in accipienda pecunia dedit, vt proximè diximus. Ergo etiamsi ab initio de vsuris præstandis cõuenerit, lex cõtractus seruanda nõ est. Quis enim ferat in bonæ fidei contractu adiici pactionem quæ fit contra bonam fidem? DEC. Nihil tam conueniens est bonæ fidei quã pacta inter cõtrahentes inita seruare, quæ modo neq; sint contra leges, neq; cõtra bonos mores, *l. 1 §. si conuenit 6. & seq. supr. hoc tit. l. 1. supr. de pact. l. 1. supr. de const. pec.* & sine quib. nõ fuerat quis aliter contracturus, *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Contractus enim omnes ex conuentione legẽ accipiunt *d. §. si cõuenit l. in conuentionalib. 52. infr. de verb. obl. l. contractus 13. & l. nec ex pratorio. 27. de reg. iur.* adeo vt nihil vetet contractum quemlibet præsertim bonæ fidei ex pacto suam naturam excedere, vt diximus ex *l. naturalis 5. §. sed si facio. infr. de præscrip. verb.* Atqui hęc cõuentio de vsuris pręstãdis ex contractu depositi, siue cõuenerit vt tantundem, siue vt idẽ redderetur, neq; cõtra leges est, neq; cõtra bonos mores. Etsi enim nõ patiuntur leges, vt ex causa depositi dominium transferatur, *l. licet. 17. §. 1. supr.* nõ magis quàm rei cõmodatæ, *l. rei cõmodatæ. 8. & seq. supr. commod.* aut rei locatæ *l. non solet 36. infr. locat.* Id tamen ita intelligi debet, vt directò fieri non possit, ne quidem ex conuentione, sed non ita vt in deposito prohibita sit actio reddendi tantundẽ, cùm pecunia, nõ species deposita est, siue quod ea pactio, ideo duntaxat interposita videatur, vt depositario potestas fiat vtẽdi pecunia citra furtum *§. furtum autem fit. 6. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. & l. prox. §. 1. infr.* Siue quod nihil intersit depositarij, an eadẽ ipsa corpora nummorũ reddantur, quæ deposita fuerunt, an alia, cùm nummi sint ex earũ rerum numero quæ recipiunt functionem in suo genere, quod in specieb. diuersũ est, *l. 2 §. mutui datio & seq. supr de reb. cred.* Quod verò depositarius qui non nisi tãtundẽ reddere tenetur, dominus fieri videtur pecuniæ depositæ, nõ fit principaliter & per se, sed tãtum per quasdã consequentias, nec tã fit dominus, quàm facit depositariũ non dominũ vtendo pecunia, quippe qua vti nõ potest citra abusum, & quin eã consumat, nec rursus eam consumere, quin dominiũ ei qui deposuit auferat, cæterùm quẽadmodum si eadem ipsa corpora nummorũ redderet, tãtundem reddere videretur, nec alia conquirere teneretur. Ita & cùm conuenit, vt tantundem reddatur, ferè est, vt non alia, & valdè distans pactio esse videatur, quàm si cõuenisset vt idem redderetur. Et hæc meo iudicio huius legis sententia est, ex qua apparet quod Accursius ad hũc versiculum notat, in iudiciis bonæ fidei vsuras deberi ex nudo pacto etiam citra moram, quod & probatur ex *l. cũ quidã 27. § locato. infr. de vsur.* Scilicet si pactum ab initio appositum sit, vt hęc lex ait, vel saltem in continẽti, *l. in bonæ fidei 13. C. de pact. iuncta l. initio. 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Neque enim pacta quæ postea & ex interuallo fiunt, legem dare possunt contractui, nec actionem parere, sed tantum exceptionem *d. l. Iuris gentium 7. §. quinimo & §. adeo supr. de pact. l. pignoribus 22. C. de vsur.* Iunge *leg. Publia 26. §. 1. infr. hoc tit.*

25. IDEM libro 3. Responsorum.

Die sponsaliorum, aut postea, res oblatas puellæ, quæ sui iuris fuit, pater suscepit. heres eius, vt exhibeat, rectè conuenietur etiam actione depositi.

Ad l. Die sponsaliorum. 25.

RAT. DVB. Depositi actio locũ habere non potest, vbi nullum est depositum, neque enim ex alio contractu nasci potest actio depositi quàm ex deposito, à quo & nomen sumit, *l. 1. & passim hoc tit.* Atqui in proposita specie, tametsi die sponsaliorũ aut postea res oblatas, id est donatas puellæ emancipatæ pater susceperit, nihil tamen de iis deponendis dictũ est. Ergo vt patris heres eas exhibeat, rectè cõueniri nõ potest actione depositi, sed potius actione negotiorũ gestorũ, vt idẽ Papinianus respondit in *l. fideiussor. 32. §. 1. supr. de neg. gest.* DEC Distinguendum necessariò est an pręsẽte filia quę sui iuris fuit pater, ipsi filiæ res donatas susceperit eã præsente, aut

ſaltem ſciente, an ignorante, priore caſu depoſiti actio eſt, quia ſicut is qui ſe præſente mādari aliquid patitur, hoc ipſo mandare intelligitur, *l. qui patitur. 18. ſupr. mand.* Ita & qui rem ſuam præſens aut ſciens apud alium deponi patitur, hoc ipſo eam deponere videtur, vt benè hic Bartol. notat. Poſteriore autem caſu ignorans filia neq; mandaſſe, neq; depoſuiſſe videri poteſt, nemo enim ignorans mādat aut deponit. Ergo cùm neq; mandati, neque depoſiti agere poſſit, neceſſaria eſt negotioru ū geſtorum actio. Ideo autem tractat hic Papinianus de filia quæ ſui iuris fuit & emancipata, quia inter patrem & filiam quę in patris poteſtate eſſet, neque ciuilis obligatio contrahi poſſet, neque depoſiti actio naſci *l. frater à fratre. 38. §. quæſitum,* vbi diximus *ſupr. de cond. indeb.*

1 ¶ Qui pecuniam apud ſe non obſignatam, vt tantundem redderet depoſitam, ad vſus proprios conuertit: poſt moram in vſuras quoque iudicio depoſiti condemnandus eſt.

Ad §. qui pecuniam. 1.

Hic §. ſicut eandem ferè ſententiam habet quam lex pręcedens, ita eaſdem recipit dubitandi & decidendi rationes quas ad eam attulimus. Eſt enim vterq; locus de depoſito pecuniæ numeratæ quæ depoſita ſit non in ſacculo obſignato, vt plerumque fieri ſolet, ſed extra ſacculum, & ea lege adiecta, vt tantundem redderetur. Ait autē Papinianus, ſi depoſitarius huiuſmodi pecuniam ita depoſitam ad vſus proprios conuertit, condemnandum eum eſſe ad vſuras poſt moram iudicio depoſiti, vt intelligamus conuentionem illam in depoſito adiectam de reddendo tantundem, licet egrediatur notiſſimos depoſiti terminos, vt ſcriptum eſt in lege proximè pręcedenti, & depoſitæ pecuniæ modum, vt Paulus ait in *l. prox. §. 1. infr.* non tamen facere, quin maneat depoſitū inſpecta ſcilicet ineundi contractus ratione & contrahentium voluntate quæ illa fuit, vt depoſitum non mutuum contraheretur. Initiū enim inſpiciendum eſt *l. 1. §. idem Pomponius quærit. 13. ſupr. hoc tit. l. ſi procuratorem. 8. in princip. ſupr. tit. prox.* Nullo-ne igitur caſu erit mutuum? Imò verò eſſe poteſt, ſi ponas poſt depoſitam ſimpliciter pecuniam ſiue obſignatam ſiue non obſignatā, permiſiſſe deponentem, vt depoſitarius pecunia vteretur, hoc ipſo enim ex depoſita fit credita, etiā priuſquam depoſitarius eam mouerit, id eſt, ea vti cœperit, vt Accurſius hic benè notat ex *l. Certi condictio 9. §. vlt. cum l. ſeq.* vbi diximus *ſupr. de reb. cred.* Porro quo caſu depoſitum eſt, vſuras quoq; depoſitarius debet reddere, poſt moram ſcilicet quam in reddendo depoſito contraxerit, aut ſi pecuniam in vſus ſuos conuerterit, alterutrum enim meo iudicio ſufficit ad inducendam vſurarum obligationem. *l. quintus 28. & l. ſeq. §. 1. infr. hoc tit. l. idemque 10. §. ſi procurator. infr. tit. prox. l. ſocium. 60. infr. pro ſocio.* Itaq; puto addendam hic diſiunctiuam *Aut.* poſt verbum *conuertit*, hoc ſenſu, vt depoſitarius qui pecuniam apud ſe non obſignatam, vt tantundem redderetur, depoſitam in ſuos vſus conuertit ad vſuras quoque iudicio depoſiti condemnandū eſſe, aut ſi moram in reddēda pecunia contraxerit. Nam vt vtrumq; interuenire neceſſe ſit, id eſt & conuerſionem pecuniæ in proprios vſus depoſitarij & moram vt vſurę debeantur, dici, meo iudicio, certè non poteſt.

26. PAVLVS libro 4. Reſponſorum.

PVblia Mæuia, cùm proficiſceretur ad maritum ſuum, arcam clauſam cum veſte, & inſtrumentis commendauit Caiæ Seiæ: & dixit ei: *Cum ſalua ſanáue venero, reſtitues mihi. cæterùm, ſi aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito ſuſcepi.* Defuncta ea inteſtata, deſidero, res commendatæ cui reſtitui debeant: filio, an marito. Paulus reſpondit, filio.

Ad l. Publia. 26.

RAT. DVB. Ex pacto matris non poteſt actio acquiri filio, non magis quàm per filium matri *l. debitor. 59. §. vlt.* Nemo enim ei quem non habet in poteſtate, aut ſtipulari, aut aliter acquirere poteſt *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de ver. ob.* Ne quidem pater filio emancipato *l. ſi genero. 26. C. de iur. dot. l. donationes. 31. §. pen. infr. de donat.* Atqui filius matri extraneus eſt, neq; enim fœminæ habent liberos in poteſtate *l. mulierē 5. C. de adopt. l. 4. §. ad teſtamenta. de cont. tab.* Ergo in propoſita ſpecie, quamuis Publia Mæuia quæ ad maritū profectura clauſam arcā cū veſte & inſtrumentis Caiæ Seiæ commendauerat, actionem depoſiti filio ſuo acquirere non potuit, ex eo ſolo quod Caię Seię dixerit velle ſe res depoſitas, & commendatas reſtitui poſt mortem ſuam filio ſuo quē ex alio marito ſuſceperat. DEC. Fideicommiſſum etiam à depoſitario relinqui poteſt, & exemplo depoſitarij à quocunq; debitore poſt reſcriptū Diui Pij qui primus hoc ius induxit *l. ſi pecunia 77. de leg. 1. l. cùm quis decedens, 38. §. pater in fi. de leg. 3.* Atqui in hoc caſu mater iuſſerat res depoſitas reſtitui filio quæ fideicommiſſi verba ſunt, aut certè fideicōmiſſo commodiſſimè aptantur. Ergo benè Paulus reſpondit res ab ea cōmendatas & depoſitas reſtitui filio debere, ſcilicet ex fideicōmiſſo, nō vt quidā putāt, quaſi heredi matris. Verba enim illa quæ in hac lege proponuntur *filio meo quē ex alio marito ſuſcepi,* oſtēdūt nō defuiſſe matri alios liberos ex poſteriore matrimonio, qui proinde inteſtata ea defūcta, vt Paulus ponit, heredes ei extiterint pro æquis partib. licet ex diuerſis matrimoniis nati *l. matris inteſtatæ 4. inf. ad S.C. Maced.* Quāuis in poſterioris mariti poteſtate eſſēt liberi ex eo ſuſcepti *l. ſacratiſſimi. 8. eod. tit.* Nec magis defendi poteſt quod alij volūt, depoſiti actionē de qua Paulū hic reſpondere putant vtilem eſſe non directam ex *l. pen. Cod. ad exhib. ex l. ſi ita 9. l. pater. 23. inf. de pact. dotal.* Longe ſi quidem aliud eſt res commendatas reſtitui debere filio, vt Paulus ait, aliud verò quod interpretes putant, actione depoſiti reſtitutionem hanc fieri debere, cū fieri poſſit & debeat ex fideicōmiſſo, vt diximus. Nec obſtat quod hæc lex poſita ſit ſub hoc *tit. depoſiti*, quæ potius ſub *titulo de legatis & fideicommiſſis*, ſecundum interpretationem noſtram poni debuiſſet: potuit enim Triboniano ſufficere quod vidit Paulum tractare de depoſito & de depoſitario, id eſt, de rebus depoſitis à depoſitario reſtituendis, licet nō actione depoſiti, & rurſus longe diſſimile eſt quod de vtili actione depoſiti danda ſcriptum eſt in *l. penult. Cod. ad exhib.* vbi proponebatur pactum initum

initum ab eo qui rem alienam deposuerat, vt res restitueretur domino, qui casus multò faciliùs admittit, vt ex pacto non domini deponentis, actio depositi dominò acquiratur. In quo miror Bartolum notantem in hac lege ideo acquiri actionem filio ex contractu matris, quod mater deposuisset rem suam, & quæ semper duraret sua, idémque esse in *d.l.pen.C.ad exhib.* Contra quam verba illius legis perfectè exprimam, neque verò admitteret Bartolus in hac quoque specie posse acquiri actionem filio ex contractu matris, nisi adderet videri hoc ipso matrem in filium donationem contulisse maternæ scilicet affectionis coniectura, vt nimirum hanc legem conciliet cum *d.l. donationes §.pen.de donat.* In qua videtur Papinianus contrarium in extraneo respōdisse, nec videt quàm diuersa sit species illius §. ab hac lege, ibi enim non iusserat dominus restitui arcam depositā Ælio Sperato, vt in specie huius legis. Sed eam tantum legem dixerat, vt eam arcam ipse solus qui deposuerat, tolleret, aut post ipsius mortem Ælius Speratus, quod longè aliud est. Nec enim sunt verba illa fideicommissi, vt ea de quibus in hoc loco. Cætera quæ ad huius legis explicationem pertinent, iam abundè tractauimus *lib. 1. Coniect.cap.4.* vnde peti volumus quæ hic addi possunt.

1 ¶ Lucius Titius ita cauit. Ἔλαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον τῶ παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μυρία, καὶ πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται, καὶ συνθέμενος χορηγῆσαι σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβολοὺς τέσσαρας, μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου, *Id est, Suscepi, habeóque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem milia: méque ad præscriptum omnia præstaturum & promitto, & profiteor: conuentione scilicet inita, vt quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulásque libras, vsurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem.* Quæro, an vsuræ peti possunt. Paulus respondit, eum contractum, de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere. & ideo secundum conuentionem vsuræ quoque actione depositi peti possunt.

Ad § Lucius Titius. 1.

RAT. DVB. Vsuræ pecuniæ non debentur nisi ex stipulatione, *l.3.C. de vsur. l. Titius. 24. infr.de præscript. verb.* In eoque differunt ab vsuris mercium quarum incerta æstimatio facit vt earum vsuræ deberi possint etiam ex nudo pacto, *l.frumenti 12.l.oleo 23. C. de vsur.* Pecuniæ namque semper certa est & vna æstimatio in republica benè constituta, *l. 3.sup. de eo quod cer.loc.l.3.supr.de in litt. iur.* & sanè non possunt non esse odiosæ vsuræ pecuniæ, cum pecunia sit res sterilis, quæ per se pecuniam parere non potest, vt Aristoteles in Ethicis docet, vnde est quod prudenter nostri dicunt vsuram non natura percipi, sed iure & negotiatione, *l.si nauis 62. supr. de rei vind.* Ergo nec in depositi actione ferendum est, vt ex nudo pacto vsuræ deberi possint, præsertim cùm videatur contra depositi naturā esse & contra bonam fidē vsuras pecuniæ ab eo desiderari qui beneficiū in custodiēda pecunia dedit, si modò nullā in reddendo deposito morā cōtraxerit, vt scriptum est in *l.Lucius 24.ad fin.supr. hoc tit.* Itaque fatendum est, si quando conuenerit, maximè verò nudo pacto, vt depositi vsuræ præstentur, eam conuentionem excedere notissimos depositi terminos, vt Papinianus loquitur in *d.l.Lucius.*

DEC. Distinguenda est vsura pecuniæ creditæ, quæ nihil aliud est quàm fœnus ab vsura pecuniæ depositæ, aut ex alio bonæ fidei contractu debitæ. Illa enim odiosa est, hæc verò fauorabilis, quippe quæ non quasi fœnus, sed quasi interesse debeatur, vt in *l.socium 60.infr.pro soc.* Quomodo etiam distinguenda sunt iudicia bonæ fidei à iudiciis stricti iuris, nam in bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex mora sola etiam extraiudiciali, *l. cùm quidam 17.§.si pupillo.l.mora.32.§.in bonæ fidei infr.de vsur.* Ex contractibus verò strictis ne quidem post litem contestatam, vt iam alibi sæpè docuimus, & dicemus latiùs si Deus volet ad *l.litis cōtestata 35.eod.tit.* Sed etsi mora nulla contracta sit, conuenerit tamen vt vsuræ pecuniæ debeantur, licet nudo pacto, placet eas deberi non vt agi possit ex pacto nudo, sed vt agatur ex contractu cui pactum inest si in continenti factum sit, quia legem dedit contractui, *l. Iurisgentium 7. §.quinimo & §.adeo supr.de pact. l. in bonæ fidei 13.C.eod.l.initio.5.C.de pact. int. empt. & vendit.* quia lex contractus seruanda est, sine qua non aliter quis fuerat contracturus, *l. vlt.eod.tit.d.l.Lucius in fin.* Nihil enim magis est ex bona fide quàm pacta seruati, quæ neque contra bonos mores, neque contra leges sunt, vt diximus ad *d.l.Lucius in fin.ex hoc §. & ex d.l.cùm quidam.17.§.ex locato.infr.de vsur.* Nec quod eiusmodi conuentio excedat modum & terminos depositi, ad rem facit, quia nihil prohibet contractum depositi vt & alium quemlibet ex pacto naturam suam excedere, vt idem Paulus noster ait in *l.naturalis.5.§.sed si facio.infr.de præsc.verb.* Ergo cùm depositum maneat, vsuræ quoque, licet nudo pacto promissæ, vt in cautione de qua in hoc §. agitur, depositi actione peti poterunt: idque est quod Paulus infert postremis illis verbis: *Et ideo secundum conuentionem.* Sensus enim est, non eo minus in proposita specie vsuras deberi quod ex natura contractus depositi non sit iis onerandus depositarius citra moram, cùm hæc conuentio faciat vt depositum suam naturam excedat, nec eo minus tamen depositum maneat, quod & Accursius noster sensisse videtur, licet minus apertè hæc verba explicauerit.

2 ¶ *Titius Semproniis salutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, & discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, & quod excurrit*, quæro, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit: sci-

licet quod ad solam pecuniæ causam attinet. respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri: sed probationem depositarum rerum impleri posse.[a] an autem is quoque, qui deberi sibi cauit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, iudicem æstimaturum.

Ad §.Titius.vltim.

RAT. DVB. Depositum est ex numero eorum contractuum qui non nisi re & traditione perficiuntur, *l.1.§ is quoque infr.de obl.& act.§.præterea.Inst. quib. mod.re contrah.obl.* Ergo per epistolam contrahi non potest, id enim proprium est eorum contractuum qui solo consensu perficiuntur, *l.1.infr.tit. prox.l.1.§.vlt.de contrah.empt.*

DEC. Aliud est quærere de inducenda obligatione depositi, aliud verò de inducenda probatione, obligatio quidem depositi nulla per epistolam contrahi potest, sed tamen probatio rerum depositarum etiam per epistolam impleri commodè potest: sunt enim fauorabiles probationes omnes, quarum scilicet beneficio veritas haberi potest, sine qua nec ius reddi iustè potest, *l. duo sunt Titij 30.infr. de testam.tutel.* sufficit ergò fidem constare Epistolæ ne dubitari possit à quo scripta & missa sit, vt quicquid in ea continetur, pro vero & probato habeatur, vt in *l. vlt. infr.de probat.l.cùm quis decedens,37.§. Codicillis.de leg.3.l.emptor.47.§.1.in fin.supr.de pact.* Idque est quod nostri vulgò iactitant ex hoc §.verba enuntiatiua probare inter easdem partes, præsertim cùm emissa sunt propter se & non propter aliud, & principaliter non incidenter, de quo pluribus nostri tractant post Bartolum, *ad leg.ex hac scriptura 19.inf.de donat.& ad l.optimã 16. C de contrah.& commit.stip.* Cui adde textum elegantem in *l. qui Romæ 122.§.Flauius in fin. de verb.obl.* Sed hoc tamen intellige, nisi verba illa enunciatiua prolata sint inter personas suspectas, & in actu vel prohibito vel saltem suspecto, tunc enim non probant nisi aliis certioribus probationibus fulciantur, *l.qui testamentum 27.infr. de probat.* Illud sanè constat verba eiusmodi enunciatiua nihil probare inter alias partes nisi in antiquis quæ quanto difficilioris sunt probationis, tanto leuiores admittunt probationes, *l.si arbiter 28. D.de probat Nouell.111. hac constit.innouat. constitution. quæ præscript.cent.annor.locis venerabilib.derat.*

a *An autem is quoque.* RAT. DVB. Absurdum est vnam eandémque scripturam diuerso iure censeri, & ab vna eadémque persona partim approbari, partim improbari, sed conditio ei ad quem Epistola scripta est, deferri debet, vt vel totã illam agnoscat, vel totam repudiet, *l.nam absurdum 7. infr.de bon.libert.l.si ita stipulatio.39.in fin de oper. libert. l.cum quæritur. 16. infr. de admin.tut.* Ergo quemadmodum probatio rerum depositarum impletur per epistolam eius qui scripsit res penes se depositas fuisse, ita & eidem epistolæ credendum est, in qua parte scripsit se deponentis creditorem.

DEC. Exemplo perniciosum est vt ei scripturæ credatur, qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem alium constituerit, *l.exemplo 7.iuncta l.instrumenta 5.& seq. C de probat.* Nemo enim in re sua & ad suam vtilitatem testis idoneus esse potest, *l.omnibus 10. C.de testib. l.nullus 10.infr.eod.tit.* At scribenti contra se credendum est, quia sibi debet imputare, qui se proprio testimonio condemnauerit, nec audiendus est, si contra propriam confessionem venire velit, *l.generaliter 13. C.de non numer.pec.* Nihil ergo vetat eandem scripturam & epistolam probare contra depositarium: pro ipso autem non probare, cùm huius varietatis tam diuersa causa sit. Nec ideo verendum est, vt vna eadémq; res diuerso iure censeatur, *l.eum qui ædes 13.infr.de vsucap.* Tot enim res & epistolæ esse videntur, quot in epistola sunt capita, *l. scire debemus 29. de verb.obl.* Simile est quod nostri ad hanc legem & ex hac lege inferunt, si plures res in vno eodémque instrumento scriptæ sint, eum, contra quem producitur instrumentum, posse illud pro parte acceptare, pro parte autem refutare, vt Bartolus hic loquitur & tractat latiùs ad *l.1.C.de confess.& ad l. Aurelius.§.penult.infr. de liberat. leg.* ex quo vt idem ille subiicit, pragmaticorum mos fluxit, vt qui instrumentum in iudicio produxit, protestetur nolle se producere nisi in fauorabilib. vt aiũt, & quatenus facit pro producẽte, aut vt in Rota Romana fieri vidi, vt instrumentorum omnium productio fiat per cõpulsum, ne scilicet vlla ex parte possit productio nocere producenti, tanquam facta ex necessitate, semper enim succurrimus ei qui aliquid ex necessitate facit. Neque ex eo quod quis coactus fecit, coniectura vlla voluntatis capi potest, alioqui productio semper probat contra producentem, *vulg. l. cùm precum, 9. C.de liber.cauſ.* Quamuis non parua incurrat hæsitatio, an cum eiusmodi contestatione produci instrumentum possit. De quo alibi dicemus.

27. IDEM libro 7. Responsorum.

LVcius Titius, cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo seruo alieno in matrimonium collocauit: cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit: & posteà, nulla denuntiatione à domino facta, pater decessit. mox & Pamphilus seruus: quæro, qua actione Seia pecuniam petere possit, cùm ipsa patris heres exstiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.

Ad l. Lucius Titius, 27.

RAT. DVB. Plus valere debet quod agitur quàm quod simulatè concipitur, *l. 1. & tot.tit.Cod. plus val.quod ag. quàm quod simul concip.* Simulata enim pro infectis haberi debent, *l.si ex pretio.6. C.si cert.pet.* Atqui in proposita specie id agebatur inter Titium qui filiam suam Seiam quam habebat in potestate, collocabat in matrimonium Pamphilo seruo alieno, de

no, de cuius statu & conditione, vt ego ponendum arbitror, dubitabat, & Pamphilum ipsum, vt pecunia, quam pater dabat ex causa dotis, esset penes Pamphilum, vt haberet Pamphilus vnde ferret onera matrimonij, nō autem vt eam pecuniam quasi depositam duntaxat, Pamphilus retineret, cùm rei depositæ neque proprietas, neque possessio, neque vsusfructus in depositarium transeat, *l. licet 17. §. 1. supr.* Ergo quamuis pater dotem Pamphilo datam sub titulo depositi in cautionem contulerit, id est, curauerit caueri à Pamphilo pecuniam se habere in depositum. Dicendum tamen est depositum non tenere cùm de dote constituenda non de contrahendo depsito actum sit, nec eo magis tamen fieri poterit, vt dos quasi constituta debeatur, cùm matrimonium inter seruum, & mulierem liberam esse non potuerit, nec proinde sine matrimonio dos vlla, quamuis possit matrimonium esse sine dote, *l. 3. infr. de iur. dot. l. cùm multa 20. C. de donat. ante nupt.*

Dec. Licet non valeat quod in veritate agitur, eo modo quo agitur, si tamen aliquo modo valere possit, & obligationem inducere. Valere debet eo modo quo potest, etiam quod simulatè cōceptum sit, vt Bartol. ex hac ipsa lege notat, & ex *l. 1. C. de cōd. ob caus. l. vlt. supr. de cond. sine cau.* Atqui in specie huius legis licet matrimonium non steterit, dos tamen eo nomine reuera constituta reddi patri debuit, saltem per condictionem sine causa, vt ex supradictis legibus apparet, aut mulieri si patri heres extitisset. Ergo cùm dos constitui non potuerit, nihil vetat, eam obligationem, quæ nascitur præter propositum contrahentium, vt Bartol. loquitur: & extra id quod agebatur, vt elegantiùs Pomponius in *l. si is qui 13. in fi. sup. commod.* transferatur in actionem depositi, de qua tamen non nisi per simulationem cogitabatur. Dabitur ergo actio depositi ad eam pecuniam repetendam, at non contra Pamphilum, etiamsi viueret, quia nec ciuiliter obligari potuit, nec conueniri, sed contra dominum de peculio, nō minùs quàm si depositum verè contractum fuisset, quomodo potuisset si contrahentes voluissent. Ponit autem Paulus nullam denunciationem à domino factam fuisse, per quam potuisset pater filiæ perspectam habere Pamphili conditionem, quia si talis denūciatio facta fuisset, nec pater viuo Pamphilo contra dominum egisset, non esset permittendū filiæ, quæ patri heres extitisset dotē repetere, quam pater ipse petere noluisset, aut actionem de peculio instituere, quam pater neglexisset. Videtur tamen Accursius Florentinam lectionem magis probasse quæ habet, *denunciatione nulla à domino facta*, scilicet, vt ille interpretatur; quod esset hic Pamphilus seruus, vel quod non teneret matrimonium. Sed an quia, vt ipse putat, propter huiusmodi denunciationem omissam, si dominus nō reuocaret seruum, fieret liber, ex §. *si verò ab initio, ex §. sin autem. & §. si verò ipse quidem. Nouell. 22. de nupt.*? minimè. Est enim ius illud nouum ex ea ipsa Iustiniani Nouella constitutione, neque Pauli temporibus; cuius est hæc lex, idem obtinebat. Sed quia, vt diximus, si denūciatum fuisset patri à domino Pamphili, seruū fuisse Pamphilū, ideoque nec matrimoniū tenere, non esset permittēdum filiæ, eidemque heredi patris, vt eam pecuniā, siue depositi, siue alia actione reposceret, quam pater ius suum non ignorans reposcere tamen noluisset, quasi hoc ipso eam pecuniā Pamphilo, vel quod effectu idē est, Pāphili domino donasse videretur *arg. l. vir vsuras 54. inf. de donat. int. vir. & vxor. l. Procula 26. l. ea qua à patre 7. C. de restit. milit. & eor. qui reipub. cau. abs. l. vlt. in fi. C. de reuoc. donat.*

28. Scævola libro 1. Responsorum.

QVintus Cæcilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infrà scripta: *Cæcilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti-quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistula facio, ad ratiunculam meam ea peruenisse; quibus vt primum prospiciam, ne vacui tibi sint, id est, vt vsuras eorum accipias, curæ habebo.* quæsitum est, an ex ea epistula etiam vsuræ peti possunt. respondi, debere ex bonæ fidei iudicio vsuras: siue percepit, siue pecunia in rem suam vsus est.

Ad l. Quintus 28.

Rat. dub. Ex nudo pacto debentur vsuræ in actione depositi, sicut & in alia qualibet bonæ fidei, etiamsi depositarius neque vsuras vllas perceperit ex pecunia deposita, neque illam in suos vsus conuerterit, neque in restituēda ea moram fecerit, *l. Lucius 14. in fin.* vbi diximus, & *l. Publia 26. §. 1. supr. l. cùm quidam 17. §. ex locato. inf. de vsur.* Atqui in proposita specie videtur depositarius qui epistolam scripsit vsuras promisisse illis verbis, *Quibus vt primum prospiciam, ne vacui sint tibi, id est, vt vsuras eorum accipias cura habebo.* Ergo cùm actio depositi sit bonæ fidei, dicendum videtur vsuras depositarium debere, saltem eas quæ in regione frequentantur, vt in *l. idémque 10. §. si procurator. infr. tit. proxim.* licet neque vllas perceperit, neque pecunia in rem suam vsus sit, nec denique moram in eā restituenda fecerit.

Dec. Aliud est vsuras certas promittere, aliud verò cauere se prospecturum & curaturum ne pecunia sit vacua. Priore casu debentur vsuræ, & quia promissæ, & quia certæ. Posteriore verò deberi nō possunt, quia nec promissę sunt nec certę, *l. tutor 41. §. vlt. infr. de vsur.* Ergo bene ac subtiliter Scæuola ad propositam quæstionem sic respondet, non vt dicat eas deberi vel non deberi, sed vt generaliter ex bonæ fidei iudicio vsuras deberi, siue eas debitor perceperit, siue pecunia in rem suam vsus sit, vt inferamus, in proposita igitur specie nullas deberi, quia neuter casus euenerit. Non quasi extra hos casus vsuræ minimè debeantur si promissæ sint, etiam nudo pacto, dummodo in cōtinenti apposito, vt Accur. hic notat, sed quoniam quæstio proposita, magis facti esset, quàm iuris, an scilicet vsuræ promissæ essent. Ad quæstionem verò facti non solet Scæuola respondere, *l. à testatore 109. de cond. & dem. l. Seia 20. §. vlt. de instruct. & instrum. leg.* Neque tamē ille etiam casus omittendus est, quod depositarius in reddenda pecunia deposita moram contraxerit, qui non minus est indubitatus, quā ille quo vsuræ promissæ sunt, vt diximus ad *l. die 25. §. 1. supr.* Sed de hoc casu nihil dixit Scæuola, quia nec de eo fuerat interrogatus, neque mora vlla facta proponebatur, illud ex hac lege notandum est, ex hac quoque epistola probari depositum non induci, vt & in *l. Publia 26. §. vltim.* vbi diximus *supr.* Iunge *l. 3. & 4. Cod. hoc titul.*

29. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

SI sacculum vel argentum signatum deposuero, & is, penes quem depositum fuit, me inuito contrectauerit, & depositi, & furti actio mihi in eum competit.

Ad l. Si sacculum 29.

RAT. DVB. Depositi & furti actiones non videntur posse simul subsistere, non magis quàm furti & mandati in specie, *l.1.C.de furt.& seruo corrup.* vbi additur non pati æquitatem, vt quis & causam criminis persequatur, & bonæ fidei contractum impleri postulet. Ergo neque in hac specie permittendum est, vt dominus contra depositarium in hac specie, & depositi agat, & furti, cùm vna actio crimen, alia rem persequatur.

DEC. Aliam causam habet actio depositi, aliam actio furti. Actio enim depositi nascitur ex contractu, eòque non implendo, sed iam impleto. In quo differt hæc species ab illa, de qua in *d.l.1.* vbi de cõtractu mandati implẽdo tractabatur. At furti actio nascitur ex delicto, quod admittit depositarius, cũ inuito domino pecuniam contrectat, quæ deposita fuerat in sacculo, nõ ad alios fines obsignato, quam vt depositarius intelligeret, vti se ea pecunia non posse citra furtum, si sacculum signatum resignaret inscio domino, sibique non tantundem reddẽdum esse ei qui deposuit, sed eadem ipsa nummorum corpora quæ deposita fuerunt ex natura depositi, *l.2.in princip.supr.de rebus cred.& l.Lucius 24.hoc tit.* Nihil igitur vetat, eum qui sacculum vel argentum signatum deposuerit, & depositi, & furti agere in depositarium qui inuito domino rem depositam cõtrectauerit, inuitum autem dominum hoc casu accipimus non eum qui contradixerit, sed eum quoque qui non consenserit, vt & in *l. filiusfamilias 8.§. inuitus. supr.de procurat. l.inuitum 5.vrban.prædior.* nisi probabilem causam habuerit æstimandi dominum permissurum si sciret. *§.placuit 7.Instit.de ob.qui ex del. nasc.* Iunge *l.die sponsaliorum 25.§.1.supr.* Iũge *l.3.C.h.t.*

1 ¶ Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, vtatur: vt in ceteris bonæ fidei iudiciis, vsuras eius nomine præstare mihi cogitur.

Ad §. si ex permissu.

RAT. DVB. Non potest imputari depositario cur pecunia apud se deposita vsus sit, cùm ex permissu domini vsus est. Nec enim volenti, aut iniuriam, aut furtum fecisse videri potest, *l.in diem 9.§.1. infr.de aqu.& aq.plu.arc.* Ergo nulla causa est cur vsuras eius pecuniæ præstare debeat, quas non promisit, cùm satis abundéque domino esse debeat quod depositarius fidem & diligentiam in re custodienda præstiterit, vt scriptum est in *l. Lucius. ad fin. supr. hoc tit.* Nec rursus potest videri depositarius moram re ipsa contraxisse in restituendo deposito ob id solùm quod ea pecunia vsus sit, cùm ex domini voluntate id fecerit. Vsuræ autem non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligi solent, *l.cùm quidam 17.§.si pupillo.infr.de vsur.*

DEC. Bona fides non patitur, vt depositarius deposita pecunia vtatur, etiamsi ex permissu domini id faciat, cùm ex deposito nullum lucrum consequi debeat, sicut nec mandatarius ex mandato, *l. idémque 10.§.si procurator.l.ex mandato 20.infr. tit.proxim.* Satísque ei esse debet quod interueniens domini voluntas immunem eum faciat, & liberum à furti crimine vel suspicione, vt ait *l.3.C.hoc tit.* item quod non idem, sed tantundem duntaxat reddere hoc casu cogatur, vt in *d.l.Lucius. & l.die 25. §.1.supr.* Hoc verò non satis bene videtur Accurs. percepisse, qui putat in specie huius §. vsuras deberi, vel ex pacto in continenti apposito, vel ex mora, cùm tamen Paulus neutrum interuenisse ponat, sed depositarium obliget, ad præstationem vsurarum ob id solùm quod pecunia deposita vsus sit, licet domino volente, nullóque pacto, vel mora interueniente. Illud sanè admittendum est, quod idem Accurs. notat intelligi hunc §. debere, de eo casu quo contractus depositi non sit translatus in contractum mutui, quomodo translatus posset dici, si ex postfacto dominus depositario permisisset vsum pecuniæ depositæ, non etiam si ab initio, secundũ ea quę diximus ad *d.l.die sponsaliorum. ex l.certi condictio 9.§. vlt.& l.seq.supr.de reb.credi.* Planè si ex deposito mutuum factũ esset, dubitari non oporteret quin vsurę deberi nõ possent citra stipulationem, vt idem Accurs. notat ex *l.3.C.de vsur.l.Titius 24.de præscr.verb.*

30. NERATIVS libro 1. Responsorum.

SI fideiussor pro te, apud quem depositum est, litis æstimatione damnatus sit: rem tuam fieri.

Ad l. Si fideiussor 30.

RAT. DVB. Non transfertur dominium nisi per traditionẽ à domino factam ex iusto titulo præcedente, & qui sit habilis ad transferendum dominium, *l.traditio 20.l.nunquam nuda 31.inf.de acquir.rer. dom.* Atqui depositum licet re fiat & traditione, dominij tamen translationem inducere non potest, *l. licet.§.supr.hoc tit.* Rursus, quamuis litis æstimatio sit emptioni similis, *l.1.§.vlt.& l.2. infr. pro emptor.* tamen dominium transferre non potest sine traditione non magis quàm emptio, *l.quoties 15.Cod.de rei vind.* Tradi autem depositario res non potest quæ iam penes eum sit corporaliter. Ergo quamuis fideiussor depositarij ad præstandam litis ęstimationem damnandus sit, nõn ideo tamẽ res eius fieri potest, cùm neque rem depositam penes se habeat, neque ei traditio vlla facta sit, tametsi litis æstimationem soluerit. Multò minùs verò fieri potest depositarij, qui licet rem apud se depositam habeat, attamen neque ex noua traditione eam habet, sed ex præcedente quæ fuit inhabilis ad transferendum dominium, neque vllam litis æstimationem præstitit, quę pro solutione pretij esse possit.

DEC. Litis æstimatio pro emptione est, vt iam sæpe diximus, *ex dict.l.1.§.vlt.& l.2.infr.pro empt.* Titulus autem siue emptionis, siue præstitæ litis æstimationis, habilis est ad transferendum dominium secuta traditione, *d.l nunquam nuda.l.clauibus 74.inf. de contrah.empt.l.ex empto.11.§.2.de act.emp.* Atqui traditio hic satis secuta esse intelligitur ex eo quod res deposita penes depositarium est ex domini voluntate. Estque hic vnus casus ex illis, in quibus dicimus

mus etiam sine traditione nudam voluntate domini sufficere ad rem transferendam, *l. qua ratione 9. §. interdum. infr. de acquir. rer. dom. §. interdum. Instit. de rer. diuis.* Ergo nihil impedit quo minùs hoc casu res deposita fiat depositarij; alioquin eueniret, vt is qui rem deposuit, & pretium rei depositæ haberet, & rem ipsam depositam, quam tamen accipiẽdo pretium vendidisse videretur, quod vtique esset contra bonam fidem, *d. l. ex empto 11. §. qui autem. & l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Nec ad rem pertinet quod non depositarius ipse, sed fideiussor eius æstimationem litis soluerit. Soluit enim pro depositario, què & habet eo nomine mandati, vel negotiorum gestorum actione obligatam, *l. ex mandato 20. §. 1. infr. tit. prox.* Itaque perinde esse debet ac si depositarius ipse soluisset, cùm abesse vnicuique videatur etiam id in quo est obligatus, *l. si quid mandatu 28. in fi. supr. de neg. gest.* Nec interest, an pretium rei venditæ solutum sit ab emptore, vel ab alio ipsius emptoris nomine. Sufficit enim ex lege duodecim tabularum, vt pretium ab emptore solutum sit, vel aliter eo nomine satisfactum, *l. vt res 53. infr. de contrah. empt. l. 5. §. penult. supr. de tribut. act.* Illud nullo modo ferre possum, quod vult Accurs. in specie huius §. necessariam esse rei depositæ præsentiam, vt ea acquiri depositario possit ex *l. eius rei 46. cum seq. supr. de rei vind.* Nam neque Caius, neque Iustinianus in *dict. §. interdum*, rei præsentiam nullo modo exigunt, neque iuris ratio hoc facit, cùm præsentia rei non requiratur, nisi ad hoc, vt res saltem fictè tradita videri possit, quę non nisi præsens verè tradi posset. Fictiones enim iuris tales esse debent, vt ius & naturam possint recipere, *l. confessionibus 13. & l. seq. §. vlt. supr. de interrog. in iur. fac.* Hîc autem traditio nulla necessaria est, cùm ponamus rem, quæ deposita est, traditam iam antea depositario fuisse, nempe cùm depositum contraheretur. Sufficit ergo superuenisse titulum, vt mutari possit causa possessionis, vt in *l. non solùm 33. infr. de vsucap.* vt ea ipsa traditio quæ ex causa depositi dominium transferre non potuerat, nũc transferat ex sola domini voluntate, propter solutam litis æstimationem, quæ iustum, & nouum possidendi & acquirẽdi dominij titulum præbet. Longéque alia species est, de qua in *d. l. eius rei. & seq. de rei vindic.* vbi agitur de possessore bonæ fidei litis æstimationem soluẽte, pro ea re quam possidebat quidem. Sed nunquam à domino traditam, & quam proinde tum primum pro tradita haberi necesse est, & consequenter præsentem esse, vt pro tradita habeatur. In specie autem huius §. res deposita pro tradita habetur, vt in *l. si rem 62. infr. de euiction. iuncto d. §. interdum.*

31. TRYPHONINVS libro 9. Disputationum.

BOna fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat: sed eam vtrùm æstimamus ad merum ius gentium, an verò cum præceptis ciuilibus, & prætoriis? veluti reus capitalis iudicij deposuit apud te centum: is deportatus est. bona eius publicata sunt. vtrúmne ipsi hęc reddenda, an in publicum deferenda sint: si tantùm naturale, & gentium ius intueamur: ei, qui dedit, restituenda sunt. si ciuile ius, & legum ordinem: magis in publicum deferenda sunt. nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

Ad l. Bona fides 31.

RAT. DVB. Depositum est ex contractibus qui iure gentium introducti sunt, *l. ex hoc iure 5. de iust. & iur.* Ius autem gentium est, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, *l. omnes populi 9. eodem tit.* Ergo æquitas quæ in hoc contractu desideratur, ad merum ius naturale, & gentium referenda est: non autem ad æquitatem ciuilem. Nam nec ratio naturalis per ciuilem tolli potest, *l. eas obligationes 8. supr. de cap. minut. §. vlt. Inst. de leg. agnat. tutel.*

DEC. Prima ac præcipua lex duodecim tabularum illa fuit, *Salus populi suprema lex esto*, quæ ostendit ciuilem legislatorem referre omnia ad salutem populi, publicámque vtilitatem, quasi nullam constituens differentiam inter publicam vtilitatem & æquitatem: vnde fit, vt plerisque iuris nostri locis vtile dicatur, quod æquum est, & inutile, quamuis minus frequenter, quod iniquum, vt in *l. 1. §. hac autem 4. supr. hoc tit.* Est enim duplex æquitas, naturalis vna, ciuilis altera, quas nec nouum est inuicem pugnare, vt in specie huius legis. Nam si reus iudicij capitalis deposuerit apud te centum, & is deportatus sit, bonáque eius publicata fuerint: ratio naturalis, & iuris gentium suadet, vt ei ipsi qui dedit, restituenda sint. Ille enim est qui deposuit, & proinde cui restituendi depositi obligatio quęsita est. At ratio & æquitas ciuilis dictat potiùs, vt in publicum deferantur, Reipublicæ namque interest, vt qui de ea malè meritus est inter cæteras pœnas etiam egestate laborare debeat, vt exemplo sit cæteris ad maleficia deterrenda, *l. ita vulneratus. vers. quod si quis absurdè. supr. ad leg. Aquil. l. Diuus 6. in fin. infr. de custod. & exhib. reor. l. 1. C. ad l. Iul. repetund.* Ergo dicendum est in proposita specie deposita centum in publicum deferenda esse, non ei, qui deposuit, restituenda, quamuis deportatus liber maneat, & capax eorum omnium quæ sunt iuris gentium, *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* Neque mirum videri debet æquitatem ciuilem pugnare cum naturali, cùm nec semper naturalis cum naturali alia consentiat, quo casu maior æquitas vincit minorem, vt in *l. si seruus communis 61. §. quod verò. infr. de furt.* Bene autem Triphoninus in hac lege monet bonam fidem, quæ in contractibus exigitur æquitatem summam desiderare, vt intelligamus, cùm loquimur de contractibus bonæ fidei, eam nos intelligere bonã fidem quæ nihil ferè nisi æquitatem significet oppositam stricto iuri, non autem eam quæ opponatur dolo, & malæ fidei: nullus enim contractus est quantumlibet stricti iuris, in quo ea bona fides non desidere-

tur, *l. bonam fidem 4. C. de ob. & act.* Valdè autem errat Accursius, qui putat primam hanc quæstionem à Triphonino propositam ab eo decisam non fuisse, cùm tamen apertè decisa sit ab illis verbis, *Si ciuile ius vsque ad §. proxim.* nempe spolia, de quibus quæritur in publicum deferenda esse, non etiam condénato restituenda, & rectè: semper enim ius ciuile præualet iuri gentium tanquam potentius, cùm sit inductum aduersus violatores iuris gentium, sicut & ius gentium aduersus violatores iuris naturalis, vt docuimus in nostra iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *tit. de iur. nat. gent. & ciuil.*

1 ¶ Incurrit hic & alia inspectio: bonam fidem inter eos tantùm, inter quos contractum est, nullo extrinsecùs absumpto, æstimare debeamus: an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet: exempli loco, latro spolia, quæ mihi abstulit, deposuit apud Seium inscium de malitia deponentis: vtrùm latroni, an mihi restituere Seius debeat? si per se, dantem, accipientémque intueamur: hæc est bona fides, vt commissam rem recipiat is, qui dedit, si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur: mihi reddenda sunt: quæ facto scelestissimo adempta sunt. & probo, hanc esse iustitiam, quæ suum cuique ita tribuit, vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione. [a] quòd si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minùs ei restituenda sunt, qui deposuit, quamuis malè quæsita deposuit. quod & Marcellus in prædone, & fure scribit. [b] Si tamen ignorans latro, cuius filio, vel seruo rem abstulisset apud patrem, dominúmve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum. cuius hæc est potestas, vt alij, non domino sua ipsius res quasi aliena seruanda detur. [c] Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit: rectè dicetur non contrahi depositum: quia non est ex fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli. [d] sed & si etiamnum ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi: tamen indebiti dati condictio competit.

Ad §. Incurrit hic. 1.

RAT. DVB. In contractibus & conuentionibus nunquam subintelligitur persona extranea. Estque multò faciliùs, vt suppleatur tempus vel conditio quàm persona, *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. infr. de verb. obligat.* Ergo bona fides & æquitas quæ in contractu depositi consideratur, æstimari debet inter eos tantum inter quos contractum est, nullo extrinsecus absumpto, non etiam respectu aliarum personarum, etiam ad quas id quod geritur, pertinet, ideóque in specie illa quam Triphoninus exempli loco adducit, si *latro spolia quæ mihi abstulerat, deposuerat apud Seium insciū de malicia deponentis*, dicendum est, Seium latroni non mihi restituere ea debere, quid enim magis bonæ fidei conueniens est, quàm vt rem alterius fidei & custodiæ commissam recipiat ille ipse qui dedit? *l. quod seruus 11. supr. hoc tit. & l. Quintus 48. infr. tit. prox.*

DEC. Ea verè iustitia est, quæ suum cuique ita tribuit, vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione, id est, vt nemo alius sit qui eam repetere iustius possit, *§. vltim. Instit. de his qui sui vel al. iur. sunt l. 2. supr. eod. illo tit.* Atqui multò æquius est & iustius, vt res mea mihi restituatur cui latronis facto sceleratissimo adempta est, quàm vt restituatur latroni, qui, etiam si haberet, restituere eam mihi deberet. Ergo si totius rei æquitatem spectemus, quæ non nisi ex omnibus personis quas negotium gestum contingit, impleri potest, magis probandum est, vt mihi quàm vt latroni spolia restituantur. Neque ad hunc casum pertinet ius nouum quod Iustinianus induxit, *Nouell. 88. de deposito cap. 1. vnde sumpta est authent. sed iam cautum est Cod. hoc tit.* Vbi prohibitum est ne cui liceat interdicere rei depositæ restitutionem. Aliud enim est interdicere, aliud verò rem depositam proprio nomine petere, quod & Accursius hic notat. Neo suppletur hoc casu persona extranea, sed domino succurritur, qui vtique rei suæ dominium amittere non potuit ob id solùm quod à latrone fuerit spoliatus, & cuius intactum ius seruari æquissimum est. Neque rursus simile est quod obiicit Accurs. ex *l. 1. §. penult. supr. naut. caup. stab.* vbi de eo agitur, qui alienas res intulit non tanquam latro, sed tanquam eas domino restituturus, & quas proinde saluas esse non tantum domini, sed ipsius quoque intererat, vt lex ait.

a *Quod si ego.* RAT. DVBIT. Nemo ex sua improbitate actionem acquirere sibi potest, *l. itaque Fullo 12. §. 1. infr. de furt. l. nec quasi 70. supr. de rei vind.* Ergo quamuis ego ad petenda spolia non veniam quæ mihi latro abstulit, non eo magis tamen restituenda sunt latroni, quamuis ea deposuerit, cùm malè quæsita deposuerit.

DEC. Bona fides non patitur, vt depositarius sibi retineat id quod in depositum accepit etiam à latrone, cùm suscipiendo depositum, non tantum rem custodiendam, sed etiam restituendam susceperit, *leg. 1. supr.* Agitur enim de fide rupta, & de vindicanda perfidia, quoties directa depositi actione agitur, *l. ei apud quem 5. supr. hoc tit.* Neque ha-

quę habet latro hanc actionem ex sua improbitate, sed ex suo contractu si causam proximam inspicias, quæ inspici semper debet, non ea quæ remotior est, & quæ occasionis nomen potiùs meretur quàm causæ: cùm enim latroni depositum, quod ipse dedit reposcenti depositarius obiicit eam rem ad alium pertinere, exceptio illa est de iure tertij, nec tamen exclusiua iuris agentis, cùm actio depositi non ex dominio nascatur vt vindicatio, sed ex contractu, sicut & aliæ omnes personales actiones, *l. si hominem 7. §. 1. supr.* & quamuis exclusiua esset iuris agentis, vt loquuntur, non aliter tamen exclusiua esset, quàm si tertius vellet, quod genus exceptionis nunquam admittitur, nisi tertio demum volente, *l. 1.* vbi Bartolus notat *infr. de except. rei iud.* & ex hoc quoque loco probatur optimè. Quod ergo in latrone diximus, multò magis obtinebit in prædone & in fure, vt scilicet si rem alienam quamuis mala fide deposuerint, ipsis tamen actio depositi competat ex proprio contractu ad rem restituendam, ita vt non possit iis referri quæstio dominij, quia non dominium vindicant, sed ex contractu agunt, *l. 1. §. si prædo 39. supr. hoc tit.* Vbi ratio redditur, quod eorum interfit, quia eo nomine teneantur, idem est in re commodata, *l. ita vt 16. supr. commod. l. non ab iudice 64. de iudic.*

b *Si tamen ignorans.* RAT. DVBIT. Scientia vel ignorantia eius qui depositum suscipit, non facit eum depositarium, sed traditio sola rei depositæ, quam custodiendam suscipit & restituendam, data etiam in id fide, quam si non seruus meritò perfidus dici possit, *l. 1. §. 2. & l. ei apud quem 5. supr.* Ergo si latro quamuis ignorans cuius filio vel seruo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuerit etiam ignorantem: dicendum est patrem dominúmve qui depositum suscepit, ad eius restitutionem teneri.

DEC. Depositum rei propriæ non consistit, sicut neque pignus, neque venditio, neque locatio, neque commodatum, neque precarium, *l. neque pignus 45. de regul. iuris.* Est enim hæc potestas & natura depositi, vt alij non domino sua ipsius res quasi aliena seruanda detur, vt Triphoninus hic scribit. Ergo si latro ignorans cuius filio vel seruo spolia abstulerit, ea penes patrem dominumve deposuerit, depositum nec ex ciuili, nec ex gentium iure potest consistere, sicut nec ignorans aut errans dominium rei suæ amittit, *l. qui rem suam 15.* vbi diximus *supr. hoc titul. l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin.*

c *Et si rem meam.* RAT. DVBIT. Eadem est, quæ ad versiculum præcedentem: videbatur enim restituendum depositum etiam furi qui deposuit, quamuis malè quæsitum deposuerit, *vers. quod si ego supr. hac leg.*

Sed DEC. Ratio est, quam attulimus, quod depositum rei propriæ consistere non possit, præsertim si dominus ignorans rei suæ depositum susceperit, quia vt Triphoninus hic scribit, non est fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli. In contractu autem depositi quia bonæ fidei est, maximè bona fides & æquitas spectari debet, vt initio huius legis vidimus.

d *Sed & si etiam nunc.* RAT. DVBIT. Condictio indebiti, de qua hic agitur, dari non potest nisi ratione, vel dominij, vel possessionis. Atqui ratione dominij dari in proposito non potest, cùm nemo rem suam condicat condictione indebiti, sed tantùm condictione furtiua, quæ tota specie differt à condictione indebiti, *l. vltim. supr. vsufruct. quemadmod. cau. iuncta l. 1. supr. de condict. furt.* Neque rursum ratione possessionis, cùm non potuerit dominus amittere rei suæ possessionem, quam non habuit, nemo enim dubitat quin fur verè, licet iniustè possideat, cùm rem teneat animo domini: nec rursus quin per depositum etiam quod de iure tenuit, nõ transferatur possessio in depositarium *l. licet 17. §. 1. supr. Iuncta l. ei à quo 21. supr. de vsucap.* Ergo dicendum est si dominus depositum rei suæ quod ignorans acceperat, restituerit, indebiti condictionem ei competere nullo modo posse.

DEC. Etiam ratione possessionis indebiti condictio interdum datur, *l. indebiti 15. §. et si nummi,* vbi diximus *sup. de cond. indeb.* Atqui dominus qui depositum rei suæ quod ignorans susceperat, ignorans quoque restituit, transtulit in furem, possessionem illam saltem Asininam & corporalem, quam ex causa depositi nactus fuerat: depositarius enim etsi non verè possidet: quia sibi non habet, est tamen in possessione, ideóque dicitur interdum possidere naturaliter, *l. communi 7. §. neque colonis supr. commu. diuid. l. videamus 38. § si possessionem infr. de vsur. l. certè 6. §. is qui rogauit. de precar. l. officium 9. supr. de rei vind.* Ergo eam saltem possessionem, quam restituere non tenebatur, condicere poterit, & quidem condictione indebiti, quasi indebitè restituta. Non enim potuisset cogi restituere, si non vltro restituisset, intererat autem ipsius habere ius retentionis, *l. 1. infr. de pignor. l. sufficit 33. supr. de cond. ind.* quod porrò habere non potest, nisi recuperata possessione, vt in *l. hæres 21. infr. ad S.C. Trebell.* Quanquam si velit dominus etiam condictione furtiua agere non prohibetur, dummodo scilicet probet se dominum. *dict. l. 1. de cond furt.* Quomodo & in proposita huius §. specie probare debet, vt apparere possit non constare depositum, vt scriptum est in versiculo præcedenti.

32. CELSVS libro 11. Digestorum.

QVod Nerua diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. nec enim salua fide minorem iis, quàm suis rebus, diligentiam præstabit.

Ad L. Quod Nerua. 32.

RAT. DVB. Finis latæ culpæ est non intelligere quod omnes sciunt *l. lata culpa 225. de verb. sig.* Atqui nihil est quod tam distet à dolo quàm crassa illa & supina ignorantia, quæ nec doli capax esse videtur. Siue rusticitatem, siue simplicitatem nimiam velis illam dicere, dummodo ne sit affectata ignorantia, *l. si quis id quod 7. § penult. supr. de iurisd.* Ergo verum esse non potest, quod Nerua dicebat latiorem culpam dolum esse, nec est quod cum Bartolo, & cæteris interpretibus distinguas culpam latiorem & latissimam, quasi la-

tissima culpa sit dolus verus, culpa latior dolus præsumptus, & culpa lata dolo proxima, & quę dolo sit æquiparanda: latiorem enim culpam hic procuIdubio Nerua intelligebat non in comparationem latæ aut latissimæ, sed leuis tantùm, quæ sicut minor est quam culpa lata, ita latior est quam culpa leuis, alioqui triplicem quoque culpam infra latam distinguere oporteret, leuem, leuiorem, & leuissimam, quod tamen nec interpretes nostri ausint dicere qui inter culpam leuem, & leuissimam, nullam mediam agnoscunt, quæ leuior dici possit, quo nomine nec vmquam prudentes nostri vsi sunt non magis quàm nomine culpæ leuissimæ, quæ sanè nec vlla verè esse potest. Nam si lata culpa prope dolus est, & dolo proxima, vt iuris authores passim loquuntur: Quid, obsecro, medium esse potest inter latam culpam & dolum? Debuerunt ergo potiùs interpretes distinguere latam culpam, quæ ex nimis crassa & supina illa ignorantia nascitur ab illa quæ ex nimia negligentia, de qua in *l. nimia negligentia 226. de verborum significat.* vbi dicitur magnam negligentiam culpam esse, magnam verò culpam dolum esse, vt intelligamus magnam culpam, quæ negligentiam maximam pro causa habet, dolo proximam esse, eodémque ferè in omnibus iure censeri, quo si verus dolus esset, quo sensu accipi etiam debet quod Nerua dicebat, latiorem culpam dolum esse, non quasi si vero, aut dolus verus, aut præsumptus, sed effectu magis inspecto quàm mera rei veritate, & hæc decidendi ratio sit. Cætera enim quæ ad triplicis culpæ speciem pertinent, nos pluribus explicauimus in errorem primum & secundum *Decadis 76. de Errorib. Pragmatic.* vbi & legem hanc diligenter interpretati sumus, & emendauimus. Dicemus hic ea tantùm quæ ad contextum legis breuius enarrandum pertinent, ac primum in versiculo illo qui statim sequitur, *Nam & si quis non ad eum modum*, tollendam esse negationem, quam Aloander iam antè nos fœliciter sustulit. Sensus enim loci huius procul dubio ille est, si depositarius ad eum quidem modum, quem natura hominum desiderat diligens sit in re deposita custodienda, id est, eam diligentiam præstet, quam alius quilibet non diligentissimus paterfamilias, sed mediocriter diligens præstarit (natura siquidem in omnibus ferè mediocritate contenta est:) maiorem autem diligentiam in suis rebus adhibere soleat fraude illum non carere. Nec enim salua fide posse quem minorem alienis rebus quàm suis diligentiam præstare, quod non intellexit Franciscus Ottomanus, qui *libro 3. obseruationum, capit. 1.* retenta negatione, quam nos tollimus, nouam addit in illis verbis, *fraude caret.* Atque ita facit pugnantem tum dicto rationem, quæ statim sequitur in illis verbis, *Nec enim salua fide.* Mirum verò non est, Accursium, cæterósque interpretes corrupta huius textus lectione deceptos Iurisconsulti sententiam assequi non potuisse. Sic enim Accursius intelligit, vt si fortè depositarius non sit ita diligens in re deposita custodienda, vt cæteri homines communiter esse solent, fraude non careat, nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis curam in deposito præstet, quod certè à Celsi sententia alienum est. Nam si loquaris de illo depositario, qui maiorem in suis quam in depositis rebus diligentiam præstet, non est adhibenda distinctio, an in deposito negligentior sit quàm cæteri hominum, an diligentior. Nam etiamsi esset omnium diligentissimus, adhuc tamen fraude non careret, neque dolo, si exactionem in rebus suis diligentiam adhiberet. E contrario autem, si tantam præstet diligentiam in deposito, quantam in rebus suis, culpa & fraude caret, quamuis non tantam in rebus suis præstet, quantam natura hominum desideret, quia sibi imputare debet qui minùs diligenti amico rem suam custodiendam tradit, *l. 1. §. is quoque. infr. de obligat. & action. §. præterea. Inst. quibus modis re contrah. oblig. & action.* Quid contra putet Accursius motus euidenter falsa ratione, quod hic depositarius in culpa lata esse videatur; cùm tamen non sit culpa lata, sed leuis, si quis minorem diligentiam præstet, quam quæ à diligenti patrefamilias præstari solet, tantum abest, vt videri possit non carere fraude, fraudem namque cùm dicimus, dolum malum semper intelligimus, neque aliam inter fraudem & dolum differentiam agnoscimus, nisi quod dolus quidam bonus est, bona verò fraus nulla, *l. 1. §. 1. supr. de dol.* neque ad hunc casum pertinet quod Accursius subiicit, & *l. si cum stante 24. §. si maritus. infr. solut. matrim.* vbi non de lata culpa, neque de negligentia agitur, sed de sæuitia mariti in seruos dotales, quam lex ait in propriis maritis seruis culpandam esse, in dotalibus verò coercendam, vt taceam, quod nec interpretes ignorarunt æquitatem facere, vt mitius agendum sit cum depositario, qui nullum ex re deposita commodum sperare potest, quique nihil nisi beneficium in accipienda pecunia dedit, *l. Lucius 24. ad finem. supr.* quàm cum marito qui rebus dotalibus fruitur ad suum commodum tanquam suis. Sanè extra causam depositi quoque verum est fraude non carere eum, qui in rebus alienis, minorem diligentiam, quàm in suis præstat, vt in *l. 1. Cod. de locat. l. si vt certo 5. §. quod verò senectute. supr. commod. l. tutor 13. §. 1. infr. de admin. tut.* Et hæc pro huius interpretatione sufficiant.

33. LABEO libro sexto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

SEruus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Mæuium ea condicione, vt ea tibi redderetur, si tuam esse probasses: si minus, vt Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset incerti agere, id est ad exhibendum: & vindicare. quia seruus, in deponendo, tuum ius deterius facere non potuisset.

Ad l.

Ad l. Seruus 33.

RAT. DVB. Potest etiam seruus rem domini ignorantis deponere, eique similiter ignoranti actionem depositi acquirere, *l. 1. §. non solum 26. & tribus sequentib. supr. hoc tit.* Ergo & in sequestre deponere: sequestre enim depositum est *l. propriè 6. l. si in Asia 12. §. cum sequestrum. & l. licet 17. in princip. supr.* Sequestre autem non aliter fieri solet inter plures contendentes quàm sub ea conditione, vt res deposita ei reddatur, qui suam eam esse probauerit, *d. l. licet. & l. ei apud quem 5. §. vlt. supr.* Proinde non potest recusare dominus, quominus ex conuentione à seruo sequestrante facta teneatur.

DEC. Melior conditio nostra fieri potest per eos quos in potestate nostra habemus, sed deterior non potest, *l. melior 133. de regul. iur.* Idémque in cæteris personis iuris est, *l. soluendo 39. de neg. gest.* Atqui fieret deterior conditio domini per seruum, si ex lege à seruo dicta dominus obligaretur: ita enim prohiberetur ne rem suam sequestratam vindicare statim posset; aut eius vindicandæ gratia ad exhibendum agere, quæ vindicationis præparatoria actio est, *l. 1. supr. ad exhib.* Cogeretur enim expectare, vt is qui cum seruo contendebat, vel probaret rem suã esse, vel à probandi facultate excideret, quod vtrumque iniquum esset, benè igitur Labeo respondit posse in proposita specie dominum agere cum sequestri, non quidem actione depositi, quoniam ea actio non posset competere nisi seruata lege depositionis, quam ponimus domino displicere, sed actione incerti, id est, ad exhibendum, vt deposita res exhibeatur, mox exhibita vindicari possit, quæ actio ideo dicitur incerti, quia licet res, cuius exhibitio postulatur, certa sit, agitur tamen ad rem incertam, id est, ad id quod interest rem exhiberi. Exhibere namque facere est. In omnibus autem obligationibus & actionibus quę dantur ad faciendum succedit præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. D. de re iud. l. quoties quis alium. 81. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus. in fin. 113. de verb. obl.* Id autem quod interest, semper incertum est, *l. 2. §. incertam. l. vltim. supr. de stipul. prat.* quia quatenus cuiusque interfit, in facto, non in iure consistit, *l. quatenus 24. de regul. iur.* Factum autem semper incertum est quousque probatum sit, *l. vbi autem 75. §. qui id quod. de verb. obl. l. 2. de iur. & fact. ignor.* Iunge *l. bona fides 27. §. 2. ad Vellei. l. qui Romæ 122. §. Callimachus. de verborum obligat.*

34. IDEM libro 2. Pithanon.

POtes agere depositi cum eo, qui tibi non aliter, quàm nummis à te acceptis, depositum reddere voluerit: quamuis sine mora & incorruptum reddiderit.

Ad l. vltim.

RAT. DVB. Actio depositi non datur contra depositarium, nisi sit in dolo, & rem depositam, aut reddere recusauerit, aut corruptam & deteriorem reddiderit, *l. 1. § si res deposita 16. §. est autem 22. & §. vlt. supr.* Atqui nullus videri potest dolus depositarij qui sine mora depositam rem incorruptam restituit. Ergo cum eo agi non potest.

DEC. Generaliter obseruandum est bonæ fidei iudicium nullam posse recipere præstationem quæ contra bonos mores & turpiter desideretur, *l. generaliter 5. infr. de vsur.* Atqui turpiter facit, & malo more qui pecuniam accipit, vt depositum reddat quod ex bona fide, & vltro restituere deberet, *l. 2. §. 1.* vbi diximus *sup. de cond. ob turp. caus.* Ergo actione depositi meritò conuenitur, tanquam qui turpiter accipiendo pecuniam dolum admiserit, & fidem quodammodo fregerit, quasi non fuerit restituturus si pecuniam ei dominus non dedisset. Iunge *l. dolus 44. infr. tit. prox.*

FINIS TOMI QVARTI.







RERVM ET VERBORVM IN TERTIAE PARTIS RATIONALIVM TOMVM PRIMVM & secundum INDEX locupletissimus.

PRIOR NVMERVS TOMVM, SECVNDVS Paginam, postremus columnam denotat.

B

Idonea

Commodatarius damnum.

Commodatarius depositarius.

Commodator.

Commodatum.

Commodatum actio.

Compensatio retentio.

Compromissum.

Compromittere.

Conciliatio.

Articulus

Condicio causa.

Condicio dies.

Condicio implere.

Condicio modus.

Condictio.

rosa nec

Condictio

Consum

Nomine

Turpitudo

Qui

Emendatio

Nemo alie-

Condictio

Omnes

Ex insti

Id quod

Iurare.

Iurare

Iusiurando

A a

Iusiu-

L

Liberalitas.

In actione

M

Macedonianum.

Macedonianum, Velleianum.

Magistratus.

Maior.

Maius.

Maleficium.

Malitia.

Mancipium.

Mandare.

Mandare commodatum.

videtur

Fideiussor

Ordo.

Neque

creditor

debitor

Naturalis

Pupillus tutor.

Pupillus depositum.

Pupillus obligatio.

Pupillus promittere.

Pupillus obligare.

Purum.

Q

Quæstus.

Qualitas.

Quandoque.

Quantitas nummus.

Quarta.

Quasi.

Querela.

Querela.

Quisque.

R

Rapina.

Raptor.

Raptor fur.

Raptor furtum.

Ratihabitio.

Ratihabitio

Omnis

Venditio, locatio.

Venditio emptio.

Venditor.

Venditor pignus.

Venditum.

Vestimenta commodare.

Verba.

Verba, probatio.

Verbum.

Veritas.

Versum.

Qui

Vicium.

Vsura constitutum.

Vsura repetitio.

Vsura donatio.

Vsura tutela.

Vsura depositum.

Vsura fructus.

Vsura constituere.

Vsura restitutio.

Vsurary.

Vsus.

Vsufructuarius.

Vsusfructus.

FINIS.



